

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**La individualización de la pena en función de la  
personalidad del delincuente**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Pedro Alberto Gallardo Rueda**

DIRECTOR:

**José María Rodríguez Devesa**

**Madrid, 2015**

Rd 74206

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

FACULTAD DE DERECHO

DE MADRID

TE  
6

*signado por el  
co. de calificación, simple  
de aprobado*

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN FUNCION  
DE LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE

T E S I S D O C T O R A L

dirigida

POR EL CATEDRATICO DR.D. JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

PRESENTADA POR PEDRO ALBERTO GALLARDO RUEDA  
PARA LA COLACION DEL GRADO DE DOCTOR

# INDICE

## INTRODUCCION

### PRIMERA PARTE

#### Páginas

#### Capítulo I

Problemática del tema .....	10
-----------------------------	----

#### Capítulo II

Diversos aspectos de la individualización penal .	31
- Individualización clínica .....	33
- El método psicoterapéutico .	41

#### Capítulo III

La individualización y la teoría de la Defensa Social. ....	46
- El VIII Congreso para la Defensa Social	62
- El IV Congreso para la prevención del delito .....	67
- La X Conferencia Criminológica del Consejo de Europa .....	73
- La individualización de la pena en el proyecto alternativo alemán .....	78

### SEGUNDA PARTE

#### Capítulo IV

Evolución de la individualización en la Ciencia Penal	116
- Orígenes de la individualización de la pena	120
- Clases de individualización de la pena ....	122
- La individualización en el Derecho positivo	132

#### Capítulo V

Individualización y Ontología de la pena .....	163
--	-----

CONCLUSIONES .....	189
--------------------	-----

Indice bibliográfico.

## INTRODUCCION

Pese a su denominación, una Introducción es casi siempre una recapitulación, en la que el autor debe empezar por preguntarse si realmente ha conseguido la correlación intentada entre propósitos y resultados. La respuesta tiene que ser en nuestro caso afirmativa ya que la obvia desproporción entre la modestia de nuestro intento y la importante dirección que nos ha brindado el Profesor Rodríguez - Devesa en este trabajo constituyen sobrada garantía.

Preciso es pues aclarar desde ahora que nunca fue nuestro propósito añadir nada original al bien conocido tema de la individualización, sino el de contribuir en la medida de nuestras modestas fuerzas a clarificar su posición sistemática en el complejo de las Ciencias Penales. Psicólogos, sociólogos y médicos invaden con sus gerencias, reflexiones y meditaciones, temas que debieran estar reservados a la rigurosa técnica iuspenalista, inundando con una pintoresca bibliografía órbital que le son absolutamente ajenas, con el resultado final de llevar la confusión al ánimo de los propios juristas, que son los verdaderamente interesados en el tema.

El como se ha producido ese proceso de invasión, constituye de suyo tema de proyección amplísima. Pero para nuestro propósito baste puntualizar que siendo el Derecho una categoría específica dentro del complejo de las Ciencias Sociales, debe respetarse el ámbito de su propia delimitación, sin intentar trasvasarlo a otros campos más amplios de las Ciencias de la Cultura.

Pues bien con absoluta modestia seanos permitido decir, -

con referencia al tema que nos ocupa, que estimamos razonablemente conseguido el objeto propuesto que no era otro sino el planteamiento y resolución de una cuestión sistemática, la del correcto encuadramiento del tema de la individualización de la sanción dentro del campo del Derecho Penal.

Indudablemente en éste como en otros tantos puntos nuestra disciplina mantiene una evidente relación temática con otras materias provenientes de campos de conocimiento afines. Ello se explica probablemente en función de una coincidencia mas aparente - que real en el tema del hombre.

Pero las diferencias son obvias: el Derecho Penal es - una técnica jurídica rigurosamente concebida y desarrollada y su teología no hace tanta relación al individuo, como a la paz social. Importa mucho menos al penalista la condición biopsicológica del autor de una infracción o su entorno personal que la infracción misma, y por consecuencia es también menos relevante la resocialización del delincuente que el restablecimiento del orden jurídico quebrantado. En la escala de valores del penalista puro sólo figura uno de aquellos: lo justo legítimo, para servirnos de la terminología escolástica.

¿Objetivismo a ultranza?. Objetivismo y subjetivismo a la vez pero en medida preferencial distinta. Sea el primero el método instrumental para una individualización judicial correcta, y reserve prudentemente el segundo para la fase de ejecución de la

pena. A su vez la individualización legal es un problema de política criminal atribuido exclusivamente al legislador.

Pensamos que es así como queda debidamente puntualizado lo científico y lo jurídico del tema y del método, para su desarrollo y resolución. Ocioso parece pues insistir, partiendo de esas premisas en los límites de nuestro tema. Por consiguiente cuando en las páginas siguientes hablemos de individualización, nos referiremos sólo a la judicial, aunque por extensión debamos de aludir también, y circunstancialmente a la administrativa.

Se ha señalado que para el juez sólo hay en la arquitectura penal un binomio válido, infracción-pena con referencia al de hecho-autor. Por nuestra parte insistimos en la objetivación del delito para analizarlo como simple acto jurídico ilícito. Probablemente un acto jurídico simplificado al máximo por cuanto la totalidad de sus elementos esenciales -voluntad, objeto, causa- quedan embebidos en la noción amplia de la culpabilidad. Una técnica pura, pues, sin concesión a la retórica. El tema del autor queda así razonablemente reducido a su exacta medida, sin otros reflejos propios que los implicados en la noción de la imputabilidad, como en una irreversible construcción sintáctica. Autor es el agente y la sociedad y la Ley los sujetos pacientes, agredido, y destinatario de la agresión, respectivamente. Es totalmente lógico que la primera reacción de un Estado de Derecho sea el restablecimiento del orden jurídico ilegal -

mente perturbado, su integridad y vigencia, sin mas condicionamientos que los de la perfecta identificación de su autor, la imputabilidad del hecho y la legalidad de la sanción.

Es tan vivo el principio de legalidad en ese proceso restaurador del orden, que ninguna otra preocupación distinta del mismo puede incidir para perturbarlo. Si la infracción existe y su autor - además de conocido tiene edad y aptitud mental mínima, la punición - es una consecuencia inmediata e ineluctable. En un aspecto secundario han de quedar relegadas, toda posible anormalidad biopsicológica de tipo menor, y desde luego toda apelación a su entorno familiar, - social o comunitario. Incluso el tema de la justicia o injusticia de la - pena, señalado por la ley está vedado al Juez en términos absolutos. No es ninguna inconsecuencia el discutido precepto de nuestro ordenamiento positivo que impone a los Tribunales el deber de juzgar en todo caso, pronunciando "viva vox iuris" la sanción que la ley escrita preve. Sólo "a posteriori" les es lícito dirigirse al legislador con - las reflexiones que considere oportunas acerca de la oportunidad o - justicia de la pena en el caso a que se refiera. Así tiene que ser - en interés del orden jurídico del Estado de Derecho, y también en - garantía del Derecho de los ciudadanos. Por eso cualquier apelación al arbitrio judicial libre o marginal debe ser recusado. La justicia - que juega en este proceso de aplicación de la Ley, es la de la ley misma, lo "justo legítimo" a que aludíamos antes. Así Justicia y Ley se identifican en el Derecho penal como las dos caras de la moneda.

Y la razón es obvia en una doble vertiente objetiva y su -



jetiva. En primer lugar la ley es justa porque resulta inconcebible lo contrario. En segundo lugar, porque la adecuación de la Ley - a la justicia es labor específica del legislador y no del Juez.

Finalmente hay que decir que éste no ha sido investido - de "auctoritas", sino de potestad para realizar una justicia ideal ni siquiera con propias convicciones sino exclusivamente para cumplir y hacer cumplir la Ley. Por fuerza, pues, ha de resultar enojoso aceptarlo así, por parte de quienes alejados de la técnica jurídica - creen en una "soberanía" de la función judicial. Esa confusión es - imposible por quienes venimos obligados a servirnos de una instrumentación conceptual lo mas correcta posible.

En cuanto a la fase de aplicación de las penas, el problema viene condicionado por tres órdenes de consideraciones:

- 1) El respeto a la separación tradicional de las funciones judicial y administrativa.
- 2) Los inconvenientes prácticos que pueden derivarse de la intromisión del juez en la ejecución del tratamiento.
- 3) La objeción doctrinal de que el momento de terminación del proceso es el del pronunciamiento de la sanción.

La bibliografía es amplia, pero su consecuencia unánime es que la fase de aplicación tiene naturaleza administrativa típica, -

con o sin intervención judicial (1). El Consejo de Estado francés se ha pronunciado recientemente en el mismo sentido (2); y, de los cinco países que en este momento conocen la institución - del juez de ejecución, cuatro, le niegan facultades de control sobre la Administración penitenciaria (3).

Y sin embargo, si se repasan las funciones de decisión del juez en materia de aplicación de las penas, es obvio que rebasan esa pretendida condición administrativa para integrarse de lleno en las que le corresponden como guardián de los dere

---

(1) STEFANI, LEVASSEUR y JAMBU-MERLIN, "Criminologie et sciences pénitentiaires", 1.968, pág. 295 y sig.; - SLIWOWSKI, "Les dispositions concernant le contrôle judiciaire de l'exécution des peines en Droit pénal français, en Recueil d'études en hommage à Louis Hugueney", París, - 1.964, pág. 272 y sig.; BELEZA DOS SANTOS, "Le Juge d'exécution des peines a Portugal", en Rev. Intern. - Droit Comparé, 1.952, pág. 401; VASSALLI y ERRA. "Le Système pénitentiaire de l'Italie", en "Les grands systèmes pénitentiaires actuels", París, 1.950, pág. 219 y sig. SCHMELK y PICCA, "Pénologie et Droit Penitentiaire", - París, 1.971, pág. 187 y sig.

(2) Decisión de 5 de Febrero de 1.971.

(3) Francia, Italia, Portugal y Polonia.

chos individuales del condenado, para servirnos por una vez de la terminología positivista italiana (1). Decide, en efecto, sobre:

1) La liberación condicional y vigilada.

2) La declaración de peligrosidad del condenado que se halle cumpliendo pena de prisión o del multirreincidente a punto de ser liberado.

3) La interrupción de la pena de privación de libertad y su sustitución por internamiento en establecimiento psiquiátrico, cuando se acredite la necesidad.

Ello aparte de otras facultades de decisión que sí encajan perfectamente en la función administrativa, tales como elección del establecimiento donde la sanción haya de cumplirse, autorización de salida para trabajo en el exterior, sanciones disciplinarias singularmente la de aislamiento, etc.

Si se repasan las normas del Derecho comparado en la materia, la solución sobre la naturaleza de la intervención judicial resulta igualmente vaga. Recordemos el Código de procedimiento penal francés, que la introduce, completado por las leyes de 17 de Julio de 1.970 y 29 de Diciembre de 1.972, aludidas -

---

(1) Vid. el informe de G. SABATINI, "Garanzia giurisdizionale e adpelli tecnici nell'esecuzione penitenziaria", en las Jornadas italianas de la Defensa social, 1.969.

con cierta extensión en otro lugar de esta tesis; los art. 144 del Código penal y 585 y 639 del de Procedimiento Penal, ámbos - italianos; la Ley portuguesa de 16 de mayo de 1.944; la brasileña de 5 de septiembre de 1.922, y el Código polaco de ejecución de las penas, de 1.969, también mencionado en otro momento en el presente trabajo.

Basten estas alusiones para suscitar una faceta del tema de la Individualización que, por lo mismo, no podía ser pasado -- por alto sin el compromiso de unas alusiones doctrinales y legislativas, en definitiva, sin un pronunciamiento final por nuestra parte. He lo aquí:

Para nosotros, ni la objeción relativa a la discriminación de funciones (judicial y administrativa) ni la supuesta amenaza que para el "progreso penitenciario puede representar la intrusión perturbadora de algunos magistrados en materia que ignoran" (1), son aptos para centrar científicamente el problema. -- Aquella porque se remonta a cuestiones de política constitucional excesivamente lejanas, ésta porque constituye una observación viciada de parcialidad en su origen. Desde nuestro punto de vista,

---

(1) J. DUPREEL, "Perspectives penitentiaries", Bulletin de --  
l'Administration pénitentiaire belge, 1.960, pág. 79.

la cuestión reside en si la ejecución de la pena constituye una - prolongación del proceso penal, en cuyo caso debe tener caracter judicial; o si, por el contrario, ese proceso penal acaba con el - pronunciamiento de la sentencia definitiva, como pensamos de acuerdo con la doctrina tradicional.

Tal vez la solución de futuro deba buscarse en una línea intermedia tal como se apunta en el pensamiento de Stefani y Levasseur. La intervención del juez se refuta necesaria, pero no - tanto a título de tal, como a la manera de un funcionario singularmente cualificado que actúa en contacto con la Administración penitenciaría ..... (1).

---

(1) Op. cit. pág. 310-311.

PRIMERA PARTE

## CAPITULO I

## PROBLEMATICA

En un notable intento de aproximación conceptual, define Marc Ancel las técnicas para la individualización judicial como "Los procedimientos y métodos a través de los cuáles puede hoy intentarse una aproximación eficaz a la personalidad del delincuente" (1). Así revive en el seno de la Defensa social actual el viejo tema que enfrentara a las "Escuelas" en una discusión casi secular sobre el fin de la pena. Retribución y rehabilitación van a ser a lo largo de ella como un "ritornello" imposible de superar, pese a todos los intentos de mediación realizados tanto en el plano ontológico como en el estrictamente jurídico. Estos estaban de antemano destinados al fracaso, luego que la dirección "técnico-jurídica" asume la total tarea de orientar la Ciencia penal moderna. Si el objeto de nuestro conocimiento ha de ser, como dice Rocco, el Derecho positivo, respecto del cual la activi

-----

(1) MARC ANCEL, Prefacio al volúmen "Les techniques de l'individualisation judiciaire", Paris, 1.971, pág. VI.



dad científica debe limitarse a formular un sistema instrumental de principios, el problema del fin de la pena adviene un planteamiento innecesario cuando no perturbador; si el penalista es sobre todo jurista, es obvio que le está negada la utilización de los datos obtenidos de la sociología o la política, y las cuestiones teleológicas que apasionaron a Carrara o a Ferri quedan desplazadas de nuestra disciplina y "cedidas" a la Criminología.

Este era probablemente el punto en que se hallaba la cuestión hasta ese renacer de la Defensa social, que a caballo entre la Criminología y la Ciencia del Derecho penal, renueva el intento de reincorporarla a ésta con su fórmula, también renovada y revisada de la pena como reparación necesaria del ordenamiento positivo perturbado por el delito y, a la vez -en un segundo plano y sólo en la medida de lo posible- como instrumento de resocialización.

Hay, pues, aquí una cuestión previa de delimitación y situación de la materia. Ciento que, como escribe el propio Marc Ancel, el tema de la individualización "está en el corazón de la

Criminología", pero cierto también -en sus propias palabras- que ha devenido ya un tema multidisciplinar. Para resolver esta contradicción, el ilustre tatadista se ve obligado a forzar los criterios discriminadores generalmente aceptados con una afirmación digna de comentario: "Añadamos que esta pluridisciplinaridad está en la esencia misma de las investigaciones que realiza la Defensa social moderna". (1).

Si lo que realmente quiere decirse es que a la Psicología, a la Clínica y hasta a la Sociología corresponde una importante participación en aquella labor de aproximación a la personalidad del delincuente, ninguna objeción válida cabe formular. Pero al parecer, la cuestión no es tan simple. Se intenta, nada menos, que la incorporación de esas técnicas al proceso penal mismo, - por vía de confusión del método y del fin de éste. "Es sabido que, en las concepciones de la Defensa social actual el proceso se entiende del modo más amplio. Comienza en el momento mismo de la comisión de la infracción, desde que se manifiesta por consiguiente la reacción social anticriminal, y no termina hasta la ex

---

(1) Marc Ancel, op. cit., pág. VI.

tinción de todas las medidas que hayan podido ser adoptadas respecto del declarado autor de aquélla. Es en ese sentido en el que ha podido hablarse de un "processus" más exactamente que de un "proceso penal" en el sentido técnico antiguo de la palabra". (1).

Conviene, desde luego, a la Psiquiatría forense el reconocimiento de su trascendente aportación al margen del proceso: La del análisis de la personalidad del presunto delincuente hasta la precisión de su normalidad o anormalidad clínica, pero de ningún modo más. Hecho ésto, el sujeto normal entra en el campo de enjuiciamiento estrictamente penal, y el proceso no tiene otras finalidades que la comprobación del hecho delictivo, de la participación del justiciable y la calificación jurídico-positiva que haya de merecer. La pena es el precio a satisfacer por el injusto quebrantamiento de la paz pública, a la vez que el ejemplo intimidatorio que la convivencia hace indispensable.

La concepción de un "processus" como el que describe

-----

(1) MARC ANCEL, op. cit. pág. VI.

Marc Ancel sólo puede estar justificada en la pasión del estudioso hacia su obra, pero que, por su misma notación emocional, se aleja gravemente de toda consideración objetiva. Confundir tan notoriamente órbitas bien delimitadas no es posible sino como mero recurso dialéctico al servicio de aquella explicable pasión científica. El proceso penal es un instrumento formal al servicio del justiciable -sistema de garantías- pero es también fundamentalmente un mecanismo establecido en interés de la sociedad agraviada, para que se cumpla el "suum quique" de la Justicia y está presidido e inspirado en principios jurídicos, no sociológicos ni médicos, del mismo modo que el Derecho penal no es una metodología de la rehabilitación de un enfermo, ni la pena puede ser concebida como una mera terapéutica de fin individual.

Por otra parte, la extensión desmesurada del proceso de individualización ha mostrado ya sus eficacias negativas. "Aquí, se hace preciso convenir -escribe Levasseur- que los resultados son decepcionantes; la personalidad delincuente permanece ignorada la mayor parte de las veces durante la investigación policial; el primer contacto con los servicios de la justicia represiva puede inclu

so producir un efecto traumatizante capaz de comprometer gravemente todos los esfuerzos ulteriores de readaptación (1).

Otro tanto cabe decir de la fase de "Enquête Sociale". A las dificultades materiales determinadas por la carencia de instrumentos personales aptos cabe añadir la conclusión de que, a través de ella el juez no percibe, sino un cierto reflejo de la personalidad del delincuente filtrada a través de su medio social o familiar interesado, al menos éste último, en presentarla en función de un "papel", de un personaje superficial, ocultando su personalidad profunda o al menos lo que de ella juzgue lamentable. Si la encuesta policial o social es difícil y resulta poco adecuada, mucho menos lo será el interrogatorio del Fiscal, preparatorio del proceso propiamente penal, o el del juez ya dentro de él. Como escribe Hamelin, es esta todavía una zona vacía y seguirá siéndolo mientras no se remedie la penuria de magistrados y el agobio de trabajo que pesa sobre los jueces instructores. La conclusión es decepcionante: "En tales condiciones la elaboración de una técnica de individualización judicial -

-----

(1) LEVASSEUR, "Les techniques de l'individualisation judiciaire"

París, 1.972, pág. XVI.

deberá dejarse a la competencia de los teóricos y a la imaginación de los idealistas" (1). Sin embargo, aparece en el Derecho positivo una figura, la del juez de ejecución de las penas cuya transcendencia obvia en orden a la individualización y aunque sea paradójicamente en la última fase del proceso, no ha sido suficientemente valorada. Este criterio negativo empieza a ser rectificado, al menos por lo que a Francia se refiere, en la Ley de 17 de Julio de 1.970 cuyo propósito genérico parece ser el de lograr "una mejor adaptación de las sanciones a la personalidad y al comportamiento del delincuente, tanto al tiempo del pronunciamiento de la sentencia como durante el curso de su ejecución o incluso al de la reinserción social ulterior del condenado" (2).

-----  
(1) Jacques HAMELIN, "Etude de la personnalité individuelle devant le petit parquet, les juridictions d'instruction et de jugement", rapport al VIII Congreso intern. de la Defensa social, Paris, 1.972, pág. 71.

(2) Xavier NICOT, "Les dispositions de la loi du 17 juillet 1.970 relatives au régime des peines", Rev. So.crim. et Droit pen. comparé, 1.971, pág. 621 y sig.

La ley preve, desde luego, la ampliación del número de magistrados que pueden ser encargados, dentro del propio Tribunal, de la función propia del juez de ejecución. El desarrollo importante y rápida del "sursis avec mise a l'epreuve" y a la semilibertad en la ejecución de las penas de corta duración, hacian necesaria esa ampliación de la plantilla de jueces especializados.

Este régimen de semi-libertad se aplica en la práctica en dos hipótesis principales:

- a) Como preparación progresiva del condenado a una larga pena para su reintegración a la vida libre; en tal caso, precede casi siempre a la libertad vigilada.
- b) Como modo de ejecución de las penas cortas de privación de libertad.

En el último caso el art. 723 modificado del Código de procedimiento penal preve explícitamente que el beneficio puede ser concedido "a fin de permitir una mayor individualización", no

sólo para realizar un trabajo en la sede del empleador sino también para trabajar por su propia cuenta o realizar o continuar sus estudios e incluso para ser objeto de tratamiento médico de desintoxicación o readaptación funcional. Sin embargo, el condenado debe reintegrarse cotidianamente al establecimiento penitenciario a la expiración del tiempo necesario para el ejercicio de tales actividades y permanecer en él cuando resulten por cualquier causa interrumpidas, además de los días feriados. La semi-libertad puede ser pronunciada "ab initio" con la propia sentencia o durante el cumplimiento de la pena, lo que implica un conocimiento operativo no sólo de la personalidad del delincuente, sino de los datos necesarios para una efectiva individualización. Trabajo, estudios, condiciones de salud, etc. son las circunstancias determinantes de la concesión del beneficio y cuya noticia es poseída oportunamente por el Tribunal. A su vez, el juez de ejecución conserva la misión de organizar y seguir atentamente el desarrollo de esa semi-libertad decidida por el Tribunal. El incumplimiento por el condenado de las condiciones y obligaciones que le fueron impuestas y, desde luego, la mala conducta pueden determinar la retirada del benefici



previo informe del juez de ejecución y sólo por decisión del Tribunal de gran instancia del lugar de la reclusión (1).

La otra novedad importante en orden a la individualización es la institución de la tutela penal, que en la Ley de 1.970 viene a sustituir a la pena de relegación, definitivamente suprimida. Según el tenor literal del nuevo art. 58, 1º del Código penal, ésta tiene por objeto "proteger a la sociedad contra los atentados de los multirreincidentes, ofreciendo a los mismos la posibilidad de la reinserción en el seno de la colectividad". La tutela penal, constituye, pues, desde ahora, el tratamiento normal de los delincuentes habituales, añadida a la pena principal. La supresión de la relegación resultaba necesaria en Francia desde hace varios años; su carácter de pena de eliminación no se correspondía con las concepciones modernas del Derecho penal ni de la Penología; su indeterminación constituía una carga psicológica insoportable. Pero el tema de las posibles medidas a adoptar con los multirreincidentes fué antes largamente discutido. Las soluciones ofrecidas fueron:

-----

(1) Art. 723, 1º y 2º, modif. por la Ley de 17 de Julio 1.970.

- Supresión pura y simple de la relegación sin creación de otra institución substitutoria. En tal supuesto, el condenado cumpliría simplemente la nueva pena, aunque agravada según las reglas aplicables a la reincidencia, y la individualización habría de moverse dentro de los límites de esecondicionamiento. Esta solución pareció insuficiente a los especialistas. Si en efecto, las críticas contra la relegación eran unánimes, la idea de un tratamiento singularmente adaptado a las deficiencias personales o socio-profesionales de éste tipo de delincuentes estaba profundamente arraigada en la mente de magistrados, criminalistas y penólogos.
- La institución de una medida complementaria de la pena principal, con lo que resultaba esencialmente mantenido el sistema "dualista" característico de la relegación.
- La posibilidad otorgada al Tribunal de elegir entre el internamiento en establecimiento cerrado o el cumplimiento en medio abierto. Este sistema fué propuesto ya en 1.963 dentro del conjunto de trabajos presididos por

el profesor Levasseur con las denominaciones respectivas de "internamiento de seguridad" y "tutela de seguridad". En ningún caso, ésta última podría pronunciarse a perpetuidad ni con indeterminación total. A los mencionados trabajos se unen posteriormente los realizados por varias sociedades especializadas y por el propio Ministerio de Justicia, hasta formalizarse en el proyecto que, en definitiva adquiere rango legal en 1.970.

En su interesante trabajo citado, intenta Nicot caracterizar la tutela penal en función de los datos siguientes:

19.- La tutela penal no constituye una medida de eliminación sino de individualización. Apoya ésta afirmación en la doble circunstancia de la limitación temporal -diez años, después del cumplimiento de la pena principal- y de su extinción automática por edad -cuando el condenado cumple sesenta y cinco años-; la relegación, por el contrario, podía llegar a ser perpetua. Una reeducación individualizada completa

el cuadro de propósitos del legislador Franc's respecto de la nueva institución.

2º.- Se halla mas emparentada con la idea de la pena -  
que con la de medida de seguridad.- A lo largo de  
los debates hasta la cristalización de la tutela penal  
se ha puesto curiosamente de manifiesto el escaso -  
interés actual de la distinción entre unas y otras -  
así como lo irrelevante de su diferencia en la práctica. "De iure", la tutela se construye como una -  
nueva pena privativa de libertad, de cumplimiento -  
en régimen abierto.

3º.- La tutela penal responde a las mas modernas concepciones de la Penología.- En efecto:

a) Si bien es cierto que sigue estando determinada por la multirreincidencia constatada a  
través de los antecedentes judiciales, en -  
cambio su pronunciamiento exige el dato -  
nuevo del conocimiento completo de la personalidad del delincuente con fines indivi -

dualizadores. Ley llega incluso a prohibirla sin que, en una información complementaria, se aporten la totalidad de las circunstancias personales del multirreincidente, especialmente las médicas y médicos-psicológicas, además de las familiares y socioprofesionales.

b) Las condiciones de ejecución están previstas de modo que permitan una razonable individualización en la ejecución de la pena. Por ejemplo:

-El cumplimiento debe tener lugar en un establecimiento especializado (art. 728, 1º, nuevo): La innovación es, desde nuestro tema, importante porque el criterio de adecuación del lugar a la personalidad viene a sustituir al tradicional de la naturaleza de la pena.

-Aunque, en principio, pena principal y pena de tutela son de cumplimiento sucesivo, cab

la posibilidad, en las de corta y mediana extensión que se transforme en simultáneo, con la consiguiente anticipación del sistema de establecimiento especializado casi desde el momento mismo del pronunciamiento de la sentencia.

- Cuando la madurez de la personalidad delincuente lo permita, cabe, a título individualizado, el tratamiento en medio abierto, aunque dentro del cuadro jurídico genérico de la libertad condicional, lo que implica, en el marco de la ley francesa, la revisión periódica del "dossier" sobre la personalidad del delincuente y su adaptación o inadaptación al sistema de tutela, Semilibertad y liberación condicional son pues dos mecanismos que, orientados al mismo fin funcionan solapados en razón del índice de individualización conseguido. La posibilidad de obtener permisos de hasta diez días es el último incentivo preparatorio

de la tutela en libertad.

- Finalmente, si en los cinco años siguientes a la puesta en libertad condicional, el condenado observa buena conducta al extremo de que pueda inducirse de ella su readaptación social, el Tribunal que acordó la pena de tutela puede, a propuesta del juez ejecución, dejarla sin efecto o, incluso, declararla cumplida.

Deliberadamente hemos hecho una exposición relativa - mente extensa de la ley francesa de 1.970 por cuanto tiene de logro positivo en orden a la individualización del legislador y de los juristas especializados van mucho mas allá que las de los tradicionales portadores del estandarte de la personalidad. Frente a las vacilantes conclusiones de médicos y psicólogos, son los hombres de leyes quienes asumen con éxito la tarea de concretar en normas de aplicación efectiva e inmediata unos sistemas de individualización apetecidos y cumplidos, incluso por los habituales del delito, con auténtica fe o, al menos, con esperanza.

Aceptación y esperanza son los ingredientes entológico y fenomenológicos de la libertad (1), y la libertad es siempre, de uno u otro modo, el bien que resulta definitivamente afectado por la pena. El hombre privado de libertad es un ser sin "interioridad", lo cual, por esencia, es inconcebible (2).

-----

(1) BUENO MARTINEZ, "Análisis lógico de la idea de Libertad", Madrid, 1.957, en vol. "La Libertad", Semanas españolas de Filosofía, Instit. "Luis Vives", pág. 45 sig.

(2) "Una dramática perspectiva se abre ante el problema de la libertad -escribe Zaragüeta-. El hombre está obligado a cumplir sus deberes morales, pero a la vez dotado de la capacidad -psico-fisiológica para infringirlos, capacidad que tiene desgraciada realidad cuantas veces incurre en una "culpa". ¿Como sucede esto?. No se trata naturalmente de las infracciones voluntarias del deber causadas por la ignorancia o el error invencibles, la pasión o el miedo insuperables, la violencia o la impulsividad irrefrenables, sino de las que se consuman a sabiendas de que se está faltando a un deber de posible cumplimiento; se trata de la contradicción entre la norma de conducta reconocida como obligatoria por la conciencia moral y la conducta consiguiente a esa norma; es la incongruencia denunciada por Ovidio en su famoso verso; "Video, meliora, proboque, deteriora sequor", veo lo que es mejor, lo apruebo pero sigo lo peor, y ponderado también por San Pablo cuando dice que "el hombre hace no el bien que quiere, sino el mal que no quiere".-ZARAGUETA, "Problemática de la libertad", op. cit. pág. 18.



Quede claro, cuando aquí hablamos de la libertad aludimos al aspecto pragmático de la idea, quedan, pues, fuera del tema la libertad psicológica del sujeto frente al deber y la libertad en el orden moral. Nos referimos al "señorío de sí mismo" dentro del orden jurídico, aunque, a decir verdad, la consecuencia del quebrantamiento de uno y otro sea la misma, la explicación que, en el orden moral, se impone al sujeto a sí mismo (penitencia), y en el jurídico, recibe de otros (pena).

Pues bien, en tanto que el Derecho penal cumple su tutelagía específica en defensa de la paz social, y la cumple con la rigidez necesaria para crear la indispensable "psicología de temor", a la Penología le es lícito actuar, en aras de su propósito resocializados, a través de la que, con fortuna, se ha denominado la "psicología de la tentación". Es tan condicionante en el hombre aquél deseo de libre interioridad que bastará inspirarle una razonable esperanza para obtener de él un sincero propósito de rehabilitación. Conviene, pues, tanto en función del método como del concepto mismo, situar correctamente la individualización de la pena dentro del complejo de la Ciencia penal. Aludir

a ella en el marco del Derecho estrictamente punitivo no puede tener otro alcance que el de una referencia total a la función tipificadora del juez y de la Ley. La norma penal como todas las jurídicas está provista de una nota de generalidad que no queda desmentida por los correctivos resultantes de la aplicación discriminadora de las circunstancias modificativas de la responsabilidad individual; nunca completa, porque faltaría a aquella exigencia contingente a su propia condición normativa, supuestos particulares caracterizados por la participación de un determinado sujeto agente o por las circunstancias de su personalidad; define categorías de infracciones para que luego sean individualizadas "objetivamente" por el juez. La "personalización" de la pena en aras de un propósito reintegrador del delincuente conviene mas a la Penología que es en el campo específico de la individualización a realizar exclusivamente por el Juez de ejecución con sus auxiliares científicos especializados.

## CAPITULO II

## Capítulo II

### Diversos aspectos de la individualización penal

- Individualización clínica
- El método psicoterapéutico

## Capítulo III

### La individualización y la teoría de la Defensa Social

- El VIII Congreso para la Defensa Social
- El IV Congreso para la prevención del delito
- La X Conferencia Criminológica del Consejo de Europa
- La individualización de la pena en el proyecto alternativo alemán.

Diversos aspectos de la individualización

Harto conocidos los abundantes estudios anteriores, de valor hoy ya casi exclusivamente histórico-científico, centramos - nosotros ésta parte de nuestro trabajo en las contribuciones más recientes. De hecho uno sólo es el fin de toda la investigación: La posible eficacia disuasoria de la pena tanto en el orden general social como en el del individuo ya condenado. Desde la óptica - particular de nuestro estudio, las alusiones al tema general habrán de ser necesariamente limitadas (1), para centrarnos en el más particular y concreto de la eficacia del tratamiento individualizado. El método expositivo habrá de ser, por razones obvias, inverso al habitual; es decir, empezaremos por mencionar los resultados

-----

- (1) Son aportaciones recientes al tema de la disuasión general, entre otras: El "Report of the Interdepartament Commitee on the Business of the Criminal Courts (Steatfield Report), 1.961; L.T. WILKINS, "Criminology: An operational - rescarch approach", 1.962; B. WCOD, "Crime and the criminal law". 1.963.

de la investigación ajena -altamente autorizada- para desembo  
car luego en un intento de formulación de nuestras modestas  
conclusiones.

Individualización Clínica.

A) J. A. Roux, en la Revue Internationale de Droit Penal, insinúa, como método más apropiado para prevenir la reincidencia, el de operar una "crisis moral" en el sujeto (1). Con acierto, esa sugerencia ha sido calificada de excesivamente introspectiva. El informe publicado, en 1.955, por la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, proclama decididamente el fracaso de los sistemas penitenciarios clásicos, propugnando su sustitución por el de "establecimientos abiertos". Vienne, en la Revue de Science Criminelle et de Droit Comparé (2) rechaza la individualización de la pena realizada "sobre bases institucionales" y aconseja un régimen de "educación afectiva" penitenciaria y post-penitenciaria. Cannat no siente escrúpulo alguno en declarar el error de considerar la "prisión por una panacea" (3). Los doctores Dongier y Sauny rechazan, desde el punto -----

(1) R.I.D.P., núm.1, 1.951, "Regles a prevenir la redicive"

(2) R.S.C.D.P.C., núm. 1, 1.957, "Consideration sur la psychologie, l'origine de l'etat dangereux et les facteurs de readaptation des multirécidivistes".

(3) M. Cannat, "Assistance post-pénale", R.S.C.D.P.C., núm. 4, 1.952, y "Mise en oeuvre des peines dans les maisons d'arrêt", en la misma Revista, núm. 1, 1.960.

de vista médico, la vieja creencia sobre el papel beneficioso de la encarcelación (4).

Por el contrario, el profesor Lebret, se muestra partidario de las penas cortas de prisión cumplidas en establecimientos adecuados que "así podrían transformarse en verdaderos laboratorios criminológicos" (1). Di Tullio resalta, dentro de su habitual línea de pensamiento, la necesidad de los centros de criminología clínica, indispensables para la individualización penitenciaria de la pena (2). Finalmente, Pinatel, después de describir las etapas de la criminogénesis, centra también la clínica como idea básica del tratamiento individual. "La Criminología clínica, añadida, constituye el lazo indispensable entre la Criminología -

-----  
(4) "Point de vue medico-psychologique sur l'organisation des courtes peines", R.S.C.D.P.C. núm. 1, 1.960.

(1) Rapport de synthese des VII Journées de la Défense sociale, 1.959.

(2) R.S.C.D.P.D., núm. 2, 1.963, pág. 313.



científica y la Penología", el "tratamiento" ha de ser necesaria - mente dinámico. En parecido sentido se pronuncia el doctor Dubli neau, durante las sesiones del Congreso Francés de Estrasburgo (1.964), entendiendo que "la vida carcelaria no es abstracta" - sino que crea una fenomenología especial también dinámica (3).

Dentro del sector clínico vale la pena mencionar una nueva dirección, que, renunciando al tratamiento individualizado, propugna su substitución - o su combinación- con la terapia de - grupo. A este propósito, Buffard, tras de clasificar a los dete- nidos en anormales, amorales y asociales, describe los resulta- dos obtenidos en términos alentadores:

- Mejora a los sujetos antes no adaptados ni a la vi- da libre ni a la de la prisión.
- Prepara efectivamente a los liberados para condu- cirse como hombres libres.
- Constituye un medio de penetración inigualable en el mundo de la delincuencia.

---

(4)"Le traitement des délinquante", IV, congrés français de cri- minologie, Strasborg 1.963, París 1.966, pág. 35.

- A través de la psicoterapia de grupo es posible -  
aproximarse a todos y cada uno de los individuos -  
que lo componen (1).

En el mismo sentido, el Dr. Mathé, describe el método en función de su fin social: "La psicoterapia de grupo tiene por misión reanudar los lazos entre el individuo y la sociedad" (2). Lo cual constituye el fin último de la sanción.

Pero es Di Tullio quien, con mayor exactitud, centra el tema en los siguientes términos: Sólo a través de la Criminología clínica es posible llegar a la individualización de la pena; del conocimiento subjetivo de la responsabilidad penal, la cual no puede ser reconstruída con la exactitud requerida sin un profundo conocimiento de la personalidad del culpable y de la dinámica de su delito. No es sino reconstruyendo y reviviendo el mecanismo que le ha llevado a la comisión de la acción delictuosa como se llegan a descubrir las auténticas condiciones psíquicas en que

---

(1) Mme. S. BUFFARD, Annales intern. de Criminologie, I. 1964

(2) MATHE, en los mismos anales, 1. 1965, pág. 286.

se hallaba el sujeto en el momento de cometer el delito, para poder evaluar con el mayor acierto posible su grado de responsabilidad. Ello significa que el exámen de la personalidad del acusado constituye exigencia inexcusable a los fines de aplicación de la pena, incluso si sólo se pretende atribuir a ésta una finalidad retributiva (1)

Con todo, la extensa experiencia del Director del Instituto Antropológico Criminal de la Universidad de Roma le lleva a rechazar ese exámen como presupuesto de aplicación en todos los casos, limitándose a recomendarlo en los grupos siguientes:

a) Sujetos inculpatos por delitos singularmente graves.

b) Aquellos que tienen antecedentes mórbidos agudos o graves susceptibles de influir directa o indirectamente sobre las condiciones psíquicas al tiempo de cometer el delito.

---

(1) DI TULLIO, "Criminologie clinique et Penologie", Rapport a la I conference Européenne de Directeurs d'Instituts de Recherches Criminologiques, Bruselas, 1.971, pág. 17 y sig.

c) Autores de infracciones difícilmente comprensibles.

d) Individuos que presenten trastornos psíquicos más o menos graves durante el proceso.

e) Reincidentes en general.

A quienes se preguntan por el momento adecuado para ese exámen, recuerda Di Tullio que el proceso penal debe comprender una doble encuesta, la jurídica dedicada a precisar la certeza del delito, y la antro-po-psicológica o de conocimiento de la personalidad del delincuente. Respecto del lugar, resulta obvio que sólo en el medio penitenciario es posible practicarlo de modo que pueda satisfacer plenamente las exigencias de la justicia penal. En orden a su extensión, el exámen de la personalidad del delincuente debe ser doble, médico-psicológica y social, para que así resulte posible tanto la evaluación de la capacidad delictuosa como del peligro social que el sujeto represente.

Ese exámen desemboca en un pronóstico y en una terapia. El pronóstico, referido al posible futuro comportamiento criminal, es una incógnita que sólo puede ser desvelada a través de la prudente ponderación de datos sociológicos y clínicos. Las

bien conocidas "tablas de predicción" de Glueck se sirven de ámbos.

Para la terapia, se proponen dos condiciones: la no utilización de técnicas que impliquen daño o peligro para la personalidad examinada, y el consentimiento del condenado. Nada hay que objetar respecto de la primera, pero sí de la segunda, porque esa subordinación haría imposible la readaptación de los sujetos justamente más peligrosos y, entre ellos, los reincidentes, que no solamente menosprecian la eficacia de todo tratamiento reeducativo sino que procuran sustraerse a él en cualquier circunstancia, convencidos de la nulidad del intento de modificar su anterior conducta antisocial.

Finalmente, una conclusión incidental parece estar dolorosamente admitida por los expertos clínicos. Mas que en la eficacia del tratamiento médico-psicológico por sí mismo, la confianza en sus resultados debe apoyarse en la convicción del delincuente de que su cooperación voluntaria y la atenta observancia de sus prescripciones pueden conducir a una reducción judicial de la condena.

. . .

Resulta difícil, sin un exámen profundo del tema, precisar en qué medida esa convicción actúa como estímulo para la participación constructiva del sujeto paciente y hasta donde se transforma en la incitación a una simulación no descartada por los especialistas verdaderamente iniciados en el complejo mundo de la Penitenciaria.

Sea como quiera, es lo cierto que la Criminología clínica encuentra justamente en éste sector de la individualización de la pena su campo de actuación más vasto y más importante, y que sus aportaciones puedan ser ciertamente las únicas posibilidades de éxito para la reeducación del condenado.

El método psicoterapéutico.

Desde un ángulo altamente próximo, se propugnan los tratamientos psicoterapéuticos como mecanismos aptos también para la individualización de la sanción en su fase ejecutiva. "Es claro -escribe Selge- que deberán limitarse a un pequeño número de detenidos seleccionados y no, naturalmente, de entre los que se limitan a seguir la corriente comodamente, en buen orden y discretamente, sino entre los mejor dispuestos para la recuperación moral" (1). Si a ésta prudente cautela se añade la mucho mas dubitativa conclusión de que "de todos modos, es difícil la inserción de esos métodos de tratamiento en el proceso de ejecución de la pena" (2) resultará fácil comprender el escepticismo con que suelen ser acogidos.

Por de pronto, parece preciso vencer importantes factores negativos que dificultan la aproximación al delincuente:

---

(1) M. E. SELGE, "Etude des détenus considérés sous l'angle individuel", Etudes relatives arecherche criminologique, Strasbourg, 1.967, pág. 138.

(2) Ibid.

El estado de no receptividad con que éste llega a la prisión, el sentimiento de solidaridad entre los detenidos, el aspecto exterior de ésta, el esquematismo en el empleo de la jornada, la privación durante un tiempo, de la posibilidad de disponer de sí mismo, y la privación de bienes personales y, sobre todo, la relación de autoridad vigente entre los representantes del establecimiento y el detenido constituyen otros tantos obstáculos a la necesaria "apertura". Es preciso, pues, empezar por "suprimir todas las tensiones, si realmente se quiere llegar a un contacto humano, - condición y base de cualquier tratamiento eficaz del detenido - como hombre" (1). Solicitar, despertar y desarrollar las fuerzas sanas del detenido, haciéndole desear el mundo moral y ético de los valores, será el objetivo final del psicólogo. Las fases de su actuación podrían ser, pues, en líneas generales las siguientes:

- a) Oponer a las fuerzas negativas (hostilidad, desconfianza, decepción, desánimo, desesperanza) otras positivas capaces de compensarlas (confianza, dignidad, sociabilidad y esperanza).

---

(1) M. E. SELGE. Op. cit. pág. 140.



b) Despertar en el sujeto la "voluntad de expiación" -  
haciendole comprender que el tiempo que permanezca en prisión no es un periodo inútil y malgastado sino el punto de partida hacia una nueva vida diferente y mejor, hacia una nueva vida con nuevas posibilidades. Esas fuerzas sanas, por soterradas que estén - escribe el psiquiatra alemán Pietsch- existen en todos los hombres (1), detrás de las estructuras visibles de la personalidad, con capacidad para renovarse como una especie de germen psíquico que lleva en día mismo posibilidades no utilizadas de crecimiento y que puede crear nuevos órganos, funciones, facultades y estructuras psíquicas, si se le solicita a través de excitaciones adecuadas. Es preciso someter al criminal al efecto de los valores éticos que actúen sobre esos gérmenes para hacer - saltar en él las viejas estructuras criminales para - que pueda aparecer el hombre nuevo.

c) La clasificación del tipo observado y su adscripción -

-----  
(1) Pietsch. Tratado de psiquiatría. Bonn. 1.962, pág. 102

ción a un grupo adecuado en razón de actividades, tendencias o preferencias. A decir verdad, es en éste "tratamiento de grupo" donde Selge pone el acento de la esperanza. Por el contrario, las perspectivas del sistema individual psiterapéutico parecen controvertidas, a menos que se practiquen por especialistas altamente cualificados y en establecimientos especiales o en secciones especiales.

Lo curioso es que frente a esa unilateral literatura de la esperanza, no se haya prestado la debida atención a otra nada despreciable en relación con el tema. El más erudito de todos, Oscar Wilde escribió el "De Profundis" después de su encarcelamiento y su obra ha sido considerada como la denuncia de un hombre incapaz de aceptar el castigo que merecía. Otros han ampliado el campo de sus observaciones de lo estrictamente individual al plano colectivo, con igual resultado decepcionante. Morris cita entre ellas las de W.F. Macartney, Mark Benney, Peter Wildeblood, Norman Hignett - un antiguo abogado- y Antony Heckstall-Smith. Pero la mas calificada de todas, no -

sólo en el plano literario sino también el psicológico, parece ser la de Franck Norman, "Bang to Rights", cuya lectura bien podría, a juicio de Morris, declararse obligatoria para todos los "trabajadores sociales de las prisiones", por cuanto describe - en términos gráficos el abismo que separa al detenido del funcionario penitenciario y la consiguiente imposibilidad de la "comunicación" propuesta por los psicólogos (1).

Aún negando como es natural, todo valor científico a esa literatura de prisioneros y ex prisiones, debe al menos tomarse en consideración en cuanto representa el punto de vista de aquellos a quienes se dirigen los métodos psicológicos, - de los que tanto esperan los teóricos. Si la lealtad del jurista no puede ser ni crédula ni escéptica esta literatura ha de ser también elemento de juicio para equilibrar las hermosas - páginas llenas de reminiscencias selectivas y de planes de - dudosa fiabilidad.

---

(1) M. MORRIS, "Recherches sur la Communauté Pénitentiaire", en Etudes relatives a la recherches criminologique, Strasbourg, 1.967, pág. vol. I, pág. 145.

### CAPITULO III

La individualización y la teoría de la Defensa Social.

De hecho las últimas fases del movimiento científico individualizador acusan una evidente vacilación acerca de los resultados obtenidos. A ella alude Lavasseur en el Rapport de - Síntesis ofrecido al VIII Congreso Internacional de la Defensa Social, en Noviembre de 1.971, y en términos aleccionantes (1): "De una parte, el hecho de que la criminalidad aumenta ... A este hecho lamentable se referían Cornil, Szrentic y Plawski. La criminalidad aumenta, se transforma, ciertos criminales parecen definitivamente rebeldes a los "métodos de confianza", y no queda respecto de ellos sino la vuelta a las medidas "razonables" de neutralización. Y este sentimiento de fracaso aparece más o menos abiertamente entre todos nosotros. Tal es el caso de mi colega romano dice Lavasseur que teme que el "mito del legalismo". Lo es también el de Mme. Anttila que denuncia los graves errores cometidos por la Administración penal a pretexto -

-----

(1) Georges LEVASSEUR, "Rapport", R.S.C.D.P.C., 1972  
pág. 332.

de la individualización. Tal es la posición de López Rey (1) partidario de la lucha contra el "culto a la personalidad del delincuente".

Refiriéndose en concreto al tema de los métodos científicos para conocimiento de la personalidad del delincuente, el profesor Jeschneck (2) se pregunta por las actuales técnicas de investigación e incluso por la fiabilidad científica de los diversos métodos conocidos y de los de reciente aparición, para desembocar en el problema de su eficacia práctica.

La revisión efectuada permite destacar, en primer término la actual falta de interés por determinados procedimientos que lo suscitaron en su momento y en importante medida. Tal sucede con la lobotomía, procedimiento médico-quirúrgico definitivamente desechado, y la endocrinología, cuyo crédito aparece hoy considerablemente reducido, en opinión de Szabo y Morand. Otro tanto deviene con las anomalías cromosomáticas que tan entusiásticamente retuvieron la atención de los especialistas hace unos años, al contrario de lo que sucede hoy (3).

-----  
(1) López Rey. Ponencia Congreso de Criminología. 1.969

(2) Jeschneck "Las técnicas de la individualización judicial", pág. 302.

(3) Rapport del Dr. Laurens al propio Congreso, texto citado - 1.972, pág. 339.

¿Cuáles son, pues, las técnicas científicas actuales?.

Factores prenatales, factores perinatales, factores postnatales y factores de impacto mas tardío (especialmente lesiones cerebrales, epilepsía, drogas) constituyen indudablemente otros tantos - objetivos médico-biológicos en la consideración del problema. - Sobre su transcendencia en los canales psíquicos y la interre - lación entre la biología, sociología y psiquiatría, parece singularmente interesante la opinión de Lernell que se sitúa en una prudente línea intermedia.

En lo que concierne a la fiabilidad y eficacia de esas técnicas científicas, las opiniones reflejadas en el VIII Congreso de Defensa Social se agrupan en pesimistas, realistas y optimistas (2). Los primeros niegan la posibilidad de otorgar crédito - a los métodos hasta ahora utilizados, cuyo rigor y eficacia no - les parecen suficientes. Eriksson y Dupréel figuran en este - grupo, el primero tachando de "sofisticada" las discusiones ha-

-----  
(2) LEVASSEUR, Opo, cit. 340.

bidas, y el segundo propugnando un tratamiento de la delincuencia" como mas urgente y efectivo que el tratamiento del delincuente (3)

-----

(3) RODRIGUEZ DEVESA, "Derechos penal español, Parte gral. 2ª ed., Madrid, 1.971, pág. 713, rechaza, siguiendo a MAYER, las teorías penales "relativas" en órden al fundamento y fin de la pena: "O conducen a una contradicción insoluble o han de continuar hasta caer en un puro Derecho - de medidas, como el propugnado por la escuela positivista - italiana. El apartamiento de la idea de la culpabilidad del acto típicamente antijurídico para sustituirla por la fórmula mágica de que "no hay que castigar el acto sino al autor" es causa de contradicciones ... Si se quiere dar a entender que la sanción estatal ha de encontrar su medida no en el hecho - sino en la personalidad del autor, el delito pasa a ser un - "síntoma" y se pierde todo módulo de medida de la pena. A las teorías relativas no les queda más que un camino consecuente, el de transformar la pena en un "tratamiento" y el - Derecho penal en una "defensa social". Acaso el día de mañana nuevas técnicas permitan sustituir el delito por la conducta antisocial y la pena por un tratamiento, pero hoy por hoy, el riesgo de arbitrariedad y de groseros errores es tan enorme que no se ve razón alguna para sacrificar las justificadas pretensiones de seguridad jurídica que informan el actual Derecho punitivo."



Tampoco los realistas se hacen excesivas ilusiones, pero confían en que el progreso de los métodos científicos permitirá mejorar la situación. Szabo (1) confiesa abiertamente que "no disponemos aún de medios eficaces para estudiar todos los parámetros del comportamiento criminal", ni incluso para elucidar perfectamente la etiología del delito. Harían probablemente falta varios decenios -añade- para que esos progresos esperanzadores puedan tener lugar en el dominio médico-legal de la individualización. Sólo en el sector de las técnicas psiquiátricas se registra, a juicio de Morand (2), la probabilidad potencial de asegurar la detención de mecanismos psico-fisiológico. Por su parte, el profesor Gassin justifica la frecuente vaguedad de los dictámenes médicos ante los tribunales en razón de la carencia de una auténtica formación criminológica de los expertos.

Otra distinta tendencia es la señalada en su rapport general, por el profesor Koudriavstsev quien ha obtenido, del examen atento de los numerosos rapports nacionales, la conclusión de que la mayor parte de ellos siguen otorgando una cierta confianza -- a los métodos científicos, critica a los autores --

---

(1) D. Szabo.- Criminologie. Montreal, 1.970.

(2) M. Morand.- Etudes de Droit Musulman. Alger, 1.931.

que tienen tendencia a sobrestimar los medios científicos utilizables para conocimiento de la personalidad e individualización de readaptación social y recusa la tesis de quienes estiman que el empleo de tales métodos puede tener efectos peligrosos para la prevención general, intentando probar que la oposición a la individualización tendría también por sí misma esos efectos. Por su parte Di Tullio reclama de los juristas que cesen en su sordera respecto de lo que los criminólogos vienen repitiendo reiteradamente; para él no hay duda de que la Criminología puede no solamente prevenir y elucidar no solamente las causas de la delincuencia y los medios de combatirla, sino puede igualmente pronosticar los estados peligrosos de un individuo y proporcionar la técnica educacional conveniente.

Sin embargo, se pregunta Levasseur ¿podrá la Criminología ofrecer datos suficientes que permitan a los juristas disponer de un juego de conocimientos indispensable para llegar a soluciones satisfactorias?. Necesitamos, no sólo una tipología de los delincuentes sino también otra de las personalidades y otra de los tratamientos (1). Esta realización aparece

-----

(1) LEVASSEUR, op. cit. pág. 311-312

como condición indispensable a numerosos especialistas y singularmente a Koudriavtsev a la vista de las diferentes tipologías de la personalidad expuestas en los rapports nacionales.

Finalmente existe un sector en el que la opinión general estima posible esperar legítimamente resultados satisfactorios en el terreno de la readaptación social por la individualización del tratamiento. Es el sector penitenciario y singularmente a través de la aplicación de métodos nuevos de entre los que destaca la organización de "comunidades terapéuticas" dentro de la comunidad penitenciaria.

Examinados los temas de la posibilidad de la individualización a través del conocimiento de la personalidad del Delincuente, el VIII Congreso estudia la admisibilidad de los medios adecuados al efecto. Numerosos problemas se suscitan en este ámbito. Por una parte, el de la conciliación de la individualización judicial con el principio de legalidad; por otra parte la necesidad de evitar que esa individualización desemboque o se inicie con menosprecio de la presunción de inocencia. Finalmente, el de precisar la medida en que los procedimientos

utilizados no hayan de atentar a los derechos fundamentales de la personalidad. Es obvio que el principio de legalidad exige - que no sólo la determinación de los delitos y las penas sino - también el desarrollo del proceso y en general, el desenvol - vimiento de todo el sistema represivo, sean regidos por dispo - siciones legislativas. En consecuencia, el legislador debe in - tervenir para fijar el cuadro dentro del cual podrá moverse - la individualización judicial y para precisar los medios puestos, a tal fin, a disposición del juez. En concreto:

1. La naturaleza de las medidas a adoptar en la in - dividualización del tratamiento del delincuente de - be ser prevista anticipadamente por el legisla - dor.
2. La determinación por el legislador de los meca - nismos de actuación en orden al conocimiento de la personalidad delincuente puede ser realizada - por vía directa (leyes) o indirectamente (a tra - vés de disposiciones administrativas dictadas por

delegación conferida especialmente al efecto).

3. Mucho menos rigurosa puede y debe ser la actuación del legislador en orden a la lista de supuestos en que proceda el exámen de la personalidad. En opinión general, parece aconsejable remitir esta materia a la discrección judicial, que, presumiblemente, hará uso de ella siempre que sea previsible una información útil.

Evidentemente la fricción entre la revisabilidad de la pena -puesto que de eso, en último término, se trata y el principio de autoridad de la "cosa juzgada", había de avenir en una doble vertiente.

- a) La resolución judicial en materia penal está invertida de una presunción absoluta de veracidad y
- b) La regla "nom bis in idem" está establecida en beneficio del condenado, lo que implica la imposibilidad de que la revisión del veredicto se produzca en detrimento suyo.

Ciertamente, que, siendo difíciles de ignorar tales

condicionamientos, las únicas posibilidades de actuación han de situarse en una recomendable flexibilidad del principio de legalidad, en opinión de Gassin, a decir verdad escasamente compartida. El siempre difícil tema de la seguridad jurídica resultaría tan directamente aludido con esa flexión que bien puede predecirse casi con total probabilidad, que sería rechazado por la propia opinión pública, siempre mucho más propensa a confiar en la certeza de los criterios legislativos que en el arbitrio del intérprete llamado a su ejecución, por alta y transcendente que sea la misión que la sociedad le haya confiado. Por otro lado, la incertidumbre en orden, no a la naturaleza, sino simplemente a la extensión temporal de la sanción, lejos de estimular la participación del sujeto delincuente en el proceso de su readaptación social, le induciría seguramente a la indiferencia cuando no a la hostilidad hacia el aparato médico burocrático penitenciario, cuando no hacia el propio Tribunal. Ocioso es, finalmente advertir, en qué medida el principio de legalidad es históricamente una conquista en el ámbito del respeto debido a la personalidad y, por consiguiente, en qué medida

también implicaría una regresión intempestiva por muy legítima y bien intencionada que fuera su última inspiración (1). El quebrantamiento, también en éste orden de cosas, de la santidad de la cosa juzgada en materia penal, constituiría un tercer frente de inadmisble incertidumbre en el orden penal. Aludimos, - con los otros dos a la sentencia indeterminada y a las medidas de seguridad.

En cualquier caso, informa Canepa, es imprescindible la aceptación del tratamiento y del método individualizador - por el condenado, en razón al respeto debido a esos mismos derechos fundamentales de la personalidad. Ello constituye un "no" rotundo al interrogante sobre la posible generalización de la tarea individualizadora, apoyado igualmente, desde otros ángulos, por distintos especialistas:

-----

(1) JESCHECK planteó la cuestión en términos muy agudos, frente a la opinión de GRAMATICA favorable a una mayor confianza en la magistratura frente a los temores de doctrinas políticas y filosóficas del XVIII.- "Les techniques de l'indiv. judic.", op. cit. pág. 351.

- El profesor Naguib Hosni, excluye, desde luego a aquellos, de entre los delincuentes, que ofrece una personalidad "clara", no necesitada de una observación particular.
- Screvens y Huss advierten que el exámen de personalidad retardaría sensiblemente la marcha del proceso penal, junto con el inconveniente accesorio de la importancia de los gastos que acarrea.
- Finalmente, si como se propone, ese exámen hubiera de practicarse en régimen de internado, cabe el riesgo de favorecer la multiplicación y la duración de la detención provisional.

En tales condiciones, es obvia la necesidad de limitar la individualización al menos en el plano judicial y procesal, a ciertas hipótesis, en razón tanto a la infracción cometida como al tipo criminológico de delincuentes, y aún en atención al resultado de la combinación de ámbos datos. Quedarian por supuesto incluidos los reincidentes, ciertas categorías de reiterantes, los -



que Grygier ha llamado "delincuentes irracionales", cuya acción no obedezca a móviles lógicos sino a móviles difícilmente explicables, los afectados por una enfermedad o una tara visible o cuyo estado de intoxicación no parezca dudoso, y, en todo caso, los jóvenes delincuentes. Tal es la conclusión de Viturbe, apoyado por la intervención de Grassberger.

Otros autores proponen limitar el examen de la personalidad a los casos de infracciones más graves. Esta opinión, sostenida singularmente por Screvens es dudosamente justificable si se piensa en que la gravedad de la perturbación social producida por el delito no es necesariamente un índice suficiente del estado peligroso de su autor. A menudo, comportamientos aparentemente insignificantes pueden ser exponente de desórdenes psíquicos serios.

Con el mismo propósito de limitar el número de supuestos del examen de la personalidad, Dupréel, Hulsman, Bécourt y López Rey, proponen una previa "descriminalización" de ciertas infracciones. La inflación de la legislación penal, viene a decirse, es hoy un fenómeno lamentable; el legislador

debería desposeer de la nota de penalmente reprecensibles a un -  
cierto número de comportamientos que en gran número la tienen  
atribuida de manera bastante artificial (1), sustituyendo, en con-  
secuencia, supenalización por una sanción administrativa, policial  
o simplemente profesional.

Materia importante es un problema de base, surgido -  
a lo largo de las deliberaciones del VIII Congreso de la Defensa  
Social y que, con evidente sorpresa para todos los participantes,  
hace relación al problema de la finalidad de la obra emprendida:  
"Individualización, ¿para qué?. Evidentemente para conseguir una  
mejor readaptación del delincuente a la sociedad, pero ¿hasta qué  
punto es lícito adaptarlo a una sociedad que el sujeto rechaza en  
sus bases, y en su funcionamiento, a una sociedad coyuntural, -  
distinta de la que fue ayer y distinta también de la que existirá ma-  
ñana?. (2).

---

(1) Curiosamente se ofrece como tipo de ésta clase de infraccio-  
nes la emisión de cheques sin fondos, recientemente agrava-  
da en la última reforma del Código Penal Español 15.11.1971

(2) Del Rosal. Conferencia sin publicar acerca de la "Libertad  
y la dignidad del hombre y la sanción penal".

La gravedad del tema es tal que el propio Lavasseur se limita a recogerlo en su discurso de síntesis, sin permitirse, intentar una respuesta. Ha de ser Marc Ancel quien lo haga - con una técnica no exenta de sinceridad pero teñida a la vez de las notas que Cicerón atribuía al "sofista" (1). "El tratamiento de resocialización que nosotros preconizamos desde hace muchos años, está, en efecto, amenazado desde distintos ángulos. Lo - está, en primer término, por el peligro de deslizarse hacia un paternalismo enteramente rebasado; corre el riesgo de devenir una moralización predicante; y lo está, finalmente y sobre todo, por la tentación, que puedo cabernos, de reducir al sujeto a un conformismo social que constituiría para él una nueva forma de alineación. Es preciso hallarse claramente advertido de que la - "resocialización" que propugnamos no es la aceptación pasiva - por el delincuente "resocializado" de la sociedad tal como es, -

-----

(1) „.... iis propositum non perturbare animos, sed placare -  
potius nectan persuadere quam delectare ..." - CRATOR  
65, 15-20, ed. Alma Mater, 1.967.

con sus hábitos y en su conformismo tradicional; es justamente lo contrario, un proceso que conduce al hombre a realizarse - así mismo, y no entregarle, privado de sus reacciones personales, a una sociedad abusiva. Que una tal concepción conduce a reclamar, o al menos a esperar una transformación valorizante de la sociedad misma, no hay duda; pero, por lo mismo que la Defensa social se halla deseosa ante todo de realizaciones concretas, creo que debe rehusar la posibilidad de verse arrastrada al terreno de las querellas puramente ideológicas, manteniéndose en el de la acción a la espera del advenimiento lejano de la sociedad ideal ... " (2)

---

(2) MARC ANCEL, Discurso de clausura, R.S.C.D.P.C., 1.972, pág. 373.

VIII Congreso para la Defensa Social .

Evidentemente, la concepción clásica del Derecho Penal, que se impone a partir de fines del XVII, y que representaba ya un importante progreso respecto de las prácticas anteriores, tendía a considerar al hombre como un ser abstracto. Resultaba de ello que la represión del delito debía ejercerse de modo igualitario, haciendo depender el rigor de la sanción únicamente de la gravedad objetiva de la infracción. Esta posición Irrealista hubo de ser bien pronto corregida por los propios jueces, utilizando singularmente para ello el discreto recurso de las circunstancias consignadas, a fin de adaptar la sentencia a la personalidad del autor.

He aquí el punto de partida para la intentada sustitución de un sistema recusado por otro principalmente orientado hacia la prevención de la delincuencia y la reinserción social de los delincuentes, sin que ello implique debilitamiento de la protección de la sociedad contra el crimen, sino, al contrario, combinando esta protección efectiva de la comunidad social con la debida a los individuos que la componen.

Justamente una de las aportaciones más importantes de la Defensa social -cuyo VIII Congreso comentamos- ha sido la de recordar al práctico que el delincuente es un hombre concreto, resultado de una historia singular e inserto en un contexto social determinado. Ninguna medida que a él se refiera podría ser eficaz si no está dictada en función del conjunto de factores que han concurrido a la formación de su personalidad, que sólo puede ser conocida a través de mecanismos científicos y de técnicas apropiadas a tal fin. Por eso el tema central del VIII Congreso de la Defensa social ha sido el de si, en el estado actual de la investigación criminológica esas técnicas están suficientemente elaboradas para asegurar una individualización judicial acertada.

El resultado de las deliberaciones no parece del todo satisfactorio. A lo largo de ellas se ha puesto de manifiesto, no ya el tema de la legitimidad de la individualización cuyas implicaciones de orden filosófico-jurídico no pueden ser resueltas sino en función de la inexcusabilidad del principio de preservación obligada del orden público, sino también las que

rellas y contradicciones entre los partidarios de los distintos métodos científicos propuestos. Queda finalmente la decepción de los prácticos en el doble orden de la fiabilidad del resultado y de la posibilidad de obtener de los Gobiernos la abundancia de medios necesarios para la consecución del objetivo final (1).

Y resalta finalmente, el problema último, a la vez ideológico y práctico, de la posibilidad de una recusación total de la idea de la retribución penal, que Pleven juzga imposible en el momento actual por cuanto la idea misma de la Justicia, tal como se inserta hoy en la conciencia social, continúa exigiéndola. De otro lado, cualesquiera que sean las perturbacio

-----

- (1) Con visión de gobernante se dirige PLEVEN al VIII Congreso en términos poco alentadores: "Convendría saber finalmente si la puesta en práctica de la obra propugnada no exigiría medios considerables y difíciles de reunir tanto en cuanto a personal altamente cualificado como a equipos apropiados. Esta cuestión no puede ser eludida por los responsables políticos que han de satisfacer, con medios necesariamente limitados, unas necesidades legítimas pero eliminadas" Rev. Science crim. 1.972, pág. 361.

nes de orden somático, psíquico o social de que el hombre -  
pueda ser víctima, es obvio que conserva una parte irreducti-  
ble de responsabilidad y de libre albedrío. Y porque, finalmen-  
te, ciertas conductas delictuosas no son, digase lo que se -  
quiera, el resultado de una inadaptación social, sino buscadas  
con toda lucidez en interés de lucro personal. "Estas son las  
razones -concluye el Ministro francés de Justicia- por la que -  
no cabe admitir que un delincuente pueda ser objeto de un tra-  
tamiento exclusivamente científico, cuya naturaleza y duración -  
serían fijadas en base a consideraciones también sólo científ -  
cas. Ello me inclina a estimar que la decisión final debe emanar  
del Juez, cualquiera que sea la naturaleza de las medidas orde-  
nadas. Lo cual no quiere decir que la resolución judicial no de-  
ba ser adoptada oyendo a los especialistas de todo tipo; pero el  
juez, por esencia y por vocación, es el único capacitado para -  
realizar la conciliación necesaria entre las exigencias del cuer-  
po social, los dictados de la ciencia y el respeto a los derechos  
individuales". (1).

-----  
(1) PLEVEN, loc. cit. pág 361.



Evidentemente, las palabras del Ministro francés de Justicia están dictadas por un realismo abrumador, largamente distanciado de las tan ilusionadas de muchos de los participantes en las deliberaciones. Incluso, puede decirse que son el contrapunto necesario a la doctrina de la esperanza que con tanta fe proclamaba Mar Ancel en las tareas inaugurales. El propio Levasseur se ve obligado a aceptarlas reconociendo que en todos los países y desde distintos ángulos, le han expresado parecidos puntos de vista; y finalmente, otro de los participantes cualificados, Amor, intenta paliar sus terribles efectos dialécticos calificando las reuniones de "congreso de la reflexión" y no, como se ha dicho, de "desilusión" o de desencanto.

IV Congreso para la prevención del delito.

Tampoco fueron mucho más optimistas las opiniones expresadas sobre el estado actual de la investigación criminológica en el IV Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del crimen y el Tratamiento de los delincuentes, Kyoto, Agosto 1.970. Tomemos por ejemplo la del experto británico - Radzinowicz, quien tras de recordar la evolución del tema a través de distintas reuniones nacionales e internacionales (1), concluye: "Siento una gran admiración por los esfuerzos lleva

-----

(1) Singularmente los Congresos de Londres, 1.960, el Interregional de Stkhol, 1.965, las distintas reuniones regionales - que precedieron al IV Congreso patrocinado por las Naciones Unidas, el importante rapport preparado por su Secretaría General (A CONF. 43/4), las I, II y última Conferencia de Directores de Institutos Criminológicos convocadas en Estrasburgo por el Consejo de Europa (1962, 1963 y 1969), la masiva aportación casi en su totalidad empírica, de los Estados Unidos a través de sus instituciones gubernamentales y no gubernamentales (Institut for Defence Analyses, 1968) y National Institute of the Enforcement of Criminal Justice, 1970, las publicaciones canadienses del Committes of Corrections (1969), etc.

dos a cabo por nuestra Sección de Defensa social y por su actual presidente Shikita; pero es evidente que no ha logrado ningún progreso durante los dos últimos decenios. Por el contrario, si algo ha ocurrido es un visible deterioro" (2). Rechaza así el profesor de Cambridge una nueva dirección emprendida por los teóricos de la defensa social, a su juicio errónea - mente: La que vincula demasiado estrechamente la planificación de la defensa social al desarrollo nacional: "Las necesidades de prevención del crimen no cambiarán por el hecho de que las inversiones públicas en materia de educación, salud y empleo ocupen el lugar preferente ... Las gentes pueden cometer más delitos porque sean pobres, pero también es posible que el número de aquéllos aumente porque la situación económica sea mejor ... Siendo la planificación social, la confusión de ámbos puede conducir a la desaparición de la segunda como materia de preocupación especial y como objetivo específico de los especialistas". Y Concluye: "Los propósitos de la defensa social en orden a los mecanismos de la Justicia y al tratamien

-----

(2) León RADZINOWICZ, "Rapport", en R.S.C.D.P.D.

to de los delincuentes son tan específicos que precisan de - estudios y soluciones "sui generis"; cierto que para tales estudios y soluciones deben ser también tenidos en cuenta los datos que proporcione la política social general, pero no es lícito deducir de ello que la planificación general del desarrollo venga a invadir el lugar tradicionalmente ocupado por la investigación de las causas de la criminalidad, como remedio soberano para todos nuestros problemas ni como respuesta - única a la lucha contra el delito". (1).

-----

(1) RADZINOWICZ, Op. cit. pág. 781-782.

Y ciertamente, no le falta razón al especialista británico en su denuncia de que esa desmesurada vinculación de los problemas concretos de la investigación criminológica al plano general del desarrollo social no es sino exponente del desaliento que invade nuestros ámbitos filosófico penales desde hace años, puesto por igual de manifiesto en París que en Kyoto, aunque con manifestaciones diferentes. Basta leer entre líneas en las intervenciones registradas en uno y otro Congreso para advertir que, tras la desconfianza en los ensayos ya envejecidos de la clínica y aún de la psicología, las opiniones se orientan hacia la búsqueda de apertura casi desesperada de la sociología e incluso hacia los más amplios del desarrollo y la planificación social general.

Anotemos, sin propósito crítico, que ello no representa de un lado, sino la actitud de unos pocos, y, de otro, que las soluciones que, por ese camino, podrían advenir a nuestro campo, harían mas relación al tema de la prevención del delito que al de la individualización de la pena y al tratamiento del delincuente. El vigor con que se debaten otros sec

tores de la doctrina (Gramatica, Di Tullio) y el incremento -  
cualificado del crimen en sociedades que han logrado el más -  
alto grado de desarrollo, ponen de relieve (Levasseur, Radci -  
movicz) lo transitorio e injustificado de las actitudes de abati -  
miento, científicamente comprensibles, pero social y jurídica -  
mente inaceptables.

¿Puede hablarse ya de una cierta reacción frente a  
ese pesimismo? Las últimas noticias de que disponemos pare -  
cen, en efecto, registrarla. Durante la X Reunión de Directo -  
res de Institutos de Investigación Criminológica, Noviembre-Di -  
ciembre de 1.972 (1), Selosse y Lenke aportan datos esta -

-----  
(1) "La violencia en la Sociedad" ha sido el tema de la X Con -  
ferencia Criminológica del Consejo de Europa que reunió a  
sesenta expertos de los Estados miembros, presididos por  
por K.O. Christiansen (Dinamarca), y Schmelk (Francia).  
El "rapporteur general" ha sido el profesor Donald WEST,  
de la Universidad de Cambridge, y los sectoriales fueron  
confiados a DEBUYST ("Etiología de la violencia"), SE -  
LOSSE ("Aspectos estadísticos de la criminalidad"), LEN -  
KE ("Aspectos penológicos") y MCCLINTOCK ("Análisis  
fenomenológico y contextual"). La sesión inaugural fué tam -  
bién presidida por el Ministro francés de Justicia Pleven.

disticos relativos a Austria, Francia, Italia, Suecia e Inglaterra que les permiten negar que exista prueba alguna de una elevación global de la tasa de delitos en general y del mundo de la "violencia" criminal. La inquietud que se manifiesta en la opinión pública en relación con una supuesta escalada de la violencia --añaden--, podría ser atribuída en parte a la interpretación alarmista dada por los "Mss media" a ciertos acontecimientos más espectaculares que numerosos, tales como los secuestros, la piratería aérea y la aprehensión de rehenes.

X Conferencia criminológica del Consejo de Europa.

En lo que al objeto de nuestro estudio se refiere, - no pueden, sin embargo, registrarse otros progresos que los propuestos por Mac Clintok en orden a una contemplación fenomenológica del delito con base en el descubrimiento de las - "estructuras transcendentales de la conciencia", tesis favorablemente acogida por los clínicos en medio del escepticismo general. A decir verdad, los demás participantes en la Conferencia parecen haber estado más interesados en la versión sociológica hoy dominante que propone la vinculación de los estudios criminológicos al tema más amplio del desarrollo y la planificación social general. Como es habitual, en ésta línea de pensamiento, se han registrado numerosas intervenciones en pro de las medidas de educación cívica, de nuevos métodos de acción de los servicios sociales e, incluso, de un urbanismo razonado y de una amplia formación deportiva de la juventud como mecanismos preventivos en la lucha contra el delito. "Esencialmente, declaraba Pleven, el hombre, mejor informado, mejor alojado,



menos dolorido; apreciará más sus deberes de ciudadano y el respeto a los demás"... Palabras, a decir verdad, nobles pero muy alejadas de la concreción que la angustia que atenaza a los penalistas y a los criminalistas. Cierto que una atención mayor y más cuidadosa para con los sectores de población menos favorecidos puede constituir un importante medio de combate frente al llamado "ciclo de degradación" (pobreza-alineación social-criminalidad) predelictiva, pero ni es ese el rumbo de nuestros estudios en orden a la individualización del delito y del delincuente, ni siquiera rebasa los objetivos de la mera prevención (1). Como escribía Radbruch en la Exposición de Motivos del Proyecto alemán de 1.922, llega un momento, después de tanta deliberación generalizada en que "hay que saber recurrir a la acción decidida y práctica, proponiendo los debates teóricos y renunciando a discutir hasta el infinito las llamadas "cuestiones fundamentales" (1). Refiriéndose a la Repùbli

-----

(1) Aludimos al estimable documento sobre la etiología de la violencia presentado por el profesor Ch. DEBUYIST, de la Universidad Católica de Lovaine, loc. cit. pág. 76.

(1) BAUMANN, "Mélanges Radbruch", 1968, pág. 337

ca alemana, denuncia Baumann la necesidad de excluir las generalizaciones en toda discusión relativa al Derecho Penal moderno. "Durante decenas de años la reforma alemana ha sido aplazada a causa de esas supuestas cuestiones de orden general, que han conducido a la posposición de las inmediatas y esenciales". Es la lucha entre los "falsos problemas" y los reales, que ha conducido en la R.F.A. al enfrentamiento entre los profesores de Derecho Penal y los partidarios del movimiento de la defensa social. "No podemos impedir que los teólogos sigan discutiendo sobre el pecado y el castigo ni a los filósofos, que sigan enfrentando a Kant y a Hegel contra Feuerbach o Von Liszt y contra la prevención general y la prevención especial consideradas como fines racionales del Derecho penal. Son libres de hacerlo. Pero ello no puede servir de excusa para que no prestemos atención o la prestemos insuficiente a las necesidades del hombre actual; la reforma del Derecho penal y penitenciario no pueden depender de las discusiones filosóficas de una Filosofía, por otra parte, inhumana, en cuanto

olvida al hombre".(2).

Con todo lo que propone Baumann no es tampoco - una actitud radical no extrema sino una fórmula de prudente - conciliación. Debemos admitir, escribe, que el combate entre "punitur quia peccatur est" y "punitur ne peccetur" habrá de - continuar. La concepción finalista de la pena no es nada nuevo y se encuentra ya en Platón, Protágoras y Séneca (1). Esta lucha entre la teoría penal absoluta y la teoría penal relativa no ha impedido, sin embargo, a los hombres crear en cada tiempo el Derecho penal conveniente a su época y al estudio de sus conocimientos. El tema no puede desembocar sino en pactos de compromiso al modo como el que aparece ya en el primer Código penal del Imperio alemán, de 1.532; la pena

-----  
(2) BAUMANN, "Problemas réélez et faux problêmes de la reforme du Droit pénal en la République fédérale d'alle-magne" R.S.C.D.P.C., 1.970, 2, pág. 805.

(1) SENECA, "De ira", 1,19: "Nan, ut Plauto ait, nemo - prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur".

debe hallarse en función de la naturaleza del acto, del perjuicio causado, de la utilidad social y del amor a la Justicia. Pero a éstas motivaciones debe hoy añadirse una más, la del amor al hombre, al ser humano, clave sobre la que deberíamos orientar nuestros futuros programas de reforma y dique suficiente a las interminables discusiones sobre la falta y la expiación. Ni la justicia, ni la utilidad social ni el hombre caído en la delincuencia pueden tolerar hoy nuevos aplazamientos.

La individualización en el Proyecto alternativo alemán

En efecto, el urgente requerimiento del progresor germano hacia la "accion" tiene, en el momento en que se formula, una oportunidad obvia. Cada vez que se proyecta la reforma de una ley penal, reaparecen entre nosotros aquellas demostradoras "cuestiones previas" como la finalidad y utilidad de la pena, sobre su carácter retributivo, expiatorio o rehabilitador, y sobre las condiciones objetivas y subjetivas -especialmente estas últimas- de la responsabilidad. Todos los argumentos historicos médicos y filosoficos reaparecen entonces con profusion y brillantez inusitadas. Todas las tendencias doctrinales -envejecidas o no- Intentan hacer prevalecer sus respectivas concepciones - respecto de cada uno de los problemas que la nueva oportunidad les depara. Y, a decir verdad, todas legítimamente, pero el hecho es que las discusiones se hacen interminables y que - la reordenación legislativa proyectada se demora hasta agotar la prudencia de los prácticos que acaban por asumir la iniciativa y la responsabilidad de la reforma, impelidos por los inaplazables requerimientos de la realidad.

Se olvida con frecuencia entre nosotros que, cualquiera que sea los problemas conexos impuestos por una técnica progresiva, la teología última del Derecho penal sigue estando - presidida por el principio de la defensa de la paz pública, que - constituye el primero de los valores en la escala ontológica a - salvaguardar por el ordenamiento jurídico. Esto, que vale por igual para los distintos comportamientos del Derecho, se hace - mucho más urgente en el sector punitivo, vanguardia voluntaria en ese combate por la paz. Y es precisamente en razón de esa urgencia por lo que el Derecho penal debe dolorosamente re - nunciar a la revisión de tantas "cuestiones previas", repután - dolas, por el contrario, como definitivamente "adquiridas" para nuestro acervo doctrinal y legislativo. Lo cual no puede signi - ficar, bien entendido, ni la renuncia a las actitudes críticas de presente, en lo que estén justificadas, a la progresión que las nuevas aportaciones de todo tipo permitan, con la condición de que sean efectivamente nuevas. Se trata, pues, sólo de esta - blecer unas bases de partida que, tácitamente aceptadas por - todos en lo esencial, faciliten la labor inmediata de las reformas

penales que nuestro tiempo demande, sin cerrar por ello, el -  
paso a la reflexión inteligente.

La permanente puesta en tela de juicio de los conceptos básicos de nuestra disciplina, además de ser la mayoría de las veces innecesaria, casi siempre se revela como una simple - reiteración dialéctica de las propias ilusiones, en la terminología de Kant, o de las propias decepciones. Por lo demás, es también, y no pocas veces, insincera. Los más brillantes defensores del "culto a la personalidad del delincuente", no sólo no excluyen en la base de su discurso la inexcusable primacía de la paz social sino que la instituyen expresa o tácitamente en presupuesto para la ulterior realización de sus programas.

Sin embargo, lo que parece injusto es centrar la crítica de todas esas actitudes retardatarias en la defensa social que, justamente representa hoy uno de los intentos más activos de lograr la ponderada combinación del principio de orden público - con el de la resocialización del delincuente; en definitiva, una - posición altamente prometedora en el futuro inmediato de nuestra disciplina.

De todos modos, no le falta razón a Baumann en su crítica contra las tácticas dilatorias. Baste recordar que actual reforma penal alemana, a la que preferentemente el ilustre profesor de Tübingen, inicia teóricamente en 1.909, con un Proyecto oficial inmediatamente contradicho por el contraproyecto del grupo de profesores disidentes (1). Ocioso es mencionar las incidencias, proyectos y contraproyectos sucedidos desde entonces, inspirados en sucesivos cambios de orientación en la doctrina y en la política criminal alemana. En 1.954, el Gobierno germano reemprende la labor confiándola a una gran comisión de expertos cuyos trabajos acaban en 1.959 con un nuevo proyecto (2) que, luego de algunos retoques, adquiere carácter oficial en 1.962 (3). Pues, bien, casi inmediatamente se hacen

-----

(1) "Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Straftgesetzbuches" de KAHL, LILLIENTHAL, LISZT y GOLDESCHMIDT, Berlín 1.911.

(2) "Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1.959 II nach den Beschlüssen des Grossen Strafrechtsmission in zweiter Lesung - zusammengestellt und überarbeitet von Bundesministerium der Justiz", Bonn, 1.959.

(3) "Entwurf eines Strafgesetzbuches (STGB) E 1.962 mit Begründung", Bundestagsvorlage, Bonn, 1.962.



oir las primeras críticas (4). Los reproches más frecuentes son que el proyecto de 1.962 era excesivamente complicado, que se ocupaba de cuestiones de detalle propias de la jurisprudencia o la doctrina, pero, sobre todo, que sus conceptos fundamentales eran demasiado conservadores, y singularmente inspirados en la idea de retribución (5). Finalmente, la labor crítica cristaliza en "proyecto alternativo" redactado por catorce profesores de derecho penal de las Universidades alemanas y suizas, publicada en 1.966 (6).

---

(4) Especialmente las de Fritz BAUER, "Das Verbrechen und die Gesellschaft", Munich y Biele 1.957, pág. 246 y sig.; PETERS en Karl Peters/dietrich Lang-Hinrichsen, "Grundfragen der Strafrechtsreform", Paderborn, 1.959, pág. 13-52; Helimuth MAYER, "Strafrechtsreform für Heute und morgen", Berlin, 1.962, WERNER MAIHOFFER, "Menschenbild und Strafrechtsreform", en Gesellschaftliche Wirklichkeit, 20, Berlín, 1.964 pág. 5-28.

(5) SCHULTS, "Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1.962", en Juristenzeitung, 1.966, 111, 1.

(6) "Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches", 1.966, firmado por BAUMANN, BRAUNECK, HANACK, KAUFMANN KLUG, LAMPE, LENCKNER, NOLL, ROXIN, SCHMITT SCHULTA, STRATENWERTH y STREE.

Por lo que a nuestro objeto interesa, destaquemos -  
-con especial referencia a la Parte general- que la intención de  
sus autores no es tanto la de ofrecer soluciones nuevas en ma-  
terias dogmáticas, como en el sistema de sanciones, Veamos -  
éstas últimas:

El paragrafo 1 prevé que las medidas de seguridad  
no serán aplicables sino cuando estuvieren previstas en una -  
ley anterior a la conducta calificada de peligrosa. Evidentemen-  
te la norma es discutible. Pero también es claro que, al admi-  
tirla, los autores del proyecto se afilian también en ésta mate-  
ria el principio de legalidad, posponiendo para un segundo pla-  
no las consideraciones de utilidad.

El 2 se refiere al fin y límite de las penas y de las  
medidas de seguridad, viniendo a llenar -"expresis verbis"-  
una laguna evidente del proyecto oficial. Este texto constituye  
piedra angular del "alternativo" por lo que nos permitimos tra-  
ducirlo literalmente:

"1. Las penas y las medidas de seguridad sirven  
para proteger los bienes jurídicos y para rein-

tegrar a su autor al orden jurídico."

"2. Una pena no debe tener mayor duración que la -  
que corresponda a la culpabilidad del autor por  
la razón de sus actos; una medida de seguridad  
no puede ser impuesta sino cuando el interés -  
público preponderante lo demande"

El tema es singularmente importante por su trascendencia en orden a la individualización. En primer lugar, abandona definitivamente la idea de retribución, sustituyendola por la -  
de mantenimiento del orden jurídico. En segundo término, y por  
razones una vez más inspiradas en el concepto del Estado de -  
Derecho, ha parecido necesario poner en juego la noción de -  
culpabilidad. Frente a la divisa del proyecto oficial, "nulla culpa  
sine culpa", sin admitir aquella. Finalmente, la culpabilidad limita  
la pena, eliminando toda posibilidad de fijar su duración ex -  
clusivamente en razones de prevención tanto general como especial. Esta regla del párrafo segundo se completa en el 59,2,  
en el sentido de que la pena debe corresponderse con la culpabilidad sólo en la medida en que la protección de los bienes jurídicos o la reintegración del delincuente la hagan necesaria.

El 21, relativo a la exclusión de la responsabilidad por razón de trastornos mentales, se inspira en el método mixto y emplea una fórmula tan flexible que permitiría ser aplicada incluso a psicópatas, a las neurosis muy pronunciadas e incluso a quienes se encuentren bajo el imperio de una emoción demasiado fuerte.

Por lo que se refiere a la sanción, el proyecto alternativo sigue el sistema dualista de penas y medidas de seguridad, que pueden originarse por la misma conducta y serán aplicables excesivamente. Como regla general, la medida de seguridad precede a la pena. El tiempo que el condenado haya pasado en establecimiento de ejecución de medida de seguridad es imputado sobre la pena. Y si la medida ha sido eficaz y se han cumplido las condiciones para la liberación condicional, el juez de ejecución de la pena se abstiene de aplicar ésta. Hay dos excepciones: Para los irresponsables que, por definición no son penados, y para los reincidentes crónicos, que son transferidos a establecimientos especiales después de haber cumplido su condena a menos que el juez de ejecución acuerde lo contrario en vista de la conducta observada por el delincuente.

te. Cabe, finalmente, el no pronunciamiento de pena alguna, -  
pese a la declaración judicial de haberse cometido el delito, en  
dos supuestos:

12. Si el inculpado, que debiera haber sido conde-  
nado a multa o en pena de prisión inferior a -  
dos años, resulta suficientemente castigado por  
las consecuencias mismas de su conducta. Se  
está aquí pensando en el autor de una infrac-  
ción de circulación que sobrevive a ella, pero  
mutilado, y, posiblemente también, en los de-  
linquentes -realmente en número ínfimo- que -  
sinceramente se creyeron en el deber de -  
violar las normas del Derecho penal para se-  
guir las de su propia conciencia. Esta novedad  
en el ordenamiento continental europeo se dice  
inspirada en la "conditional discharge", introdu-  
cida por la Criminal Justice Act Inglesa de -  
1.948, art. 7. La aplicabilidad de la regla -  
queda excluida, en el proyecto alemán, para -

los supuestos de homicidio internacional.

- 2º. Cuando el inculpado, que carezca de antecedentes penales, y sólo deba ser condenado a multa o a prisión inferior a un año. En tal caso el juez, una vez pronunciada la condena puede limitarse a amonestar al condenado, ordenando que aquella deje de cumplirse si éste no comete ninguna nueva infracción durante un periodo de tiempo igual. Esta posibilidad es considerada por los autores del Proyecto como una nueva posibilidad frente a los delincuentes ocasionales, especialmente en materia de circulación, sin que, por ello queda excluida para los otros delincuentes primarios que no ofrezcan signo de inadaptación social.

Otra de las peculiaridades del proyecto alternativo alemán consiste en el hecho de que la pena de prisión pueda convertirse en multa. Se habla así de días-multa, semanas-multa y aún de meses-multa, ampliando el intento iniciado por

el nuevo Código penal sueco. En el proyecto, el mínimo del día-multa es de 5 marcos; el de la semana, de 35, y el de un mes, 150 D.M. Estas cifras pueden ser reducidas por el juez de ejecución si las circunstancias económicas resultan modificadas sin culpa suya; lo que no cabe es aumentarlas. Para los delincuentes que no viven de su esfuerzo está prevista la posibilidad de que puedan prestar un servicio "socialmente útil" por el que serían remunerados con un salario del que se deduciría el importe diario, semanal o mensual de la multa.

Respecto de las penas privativas de libertad, el proyecto sólo prevé una. La distinción entre reclusión y prisión se considera rebasada. Pero la innovación más importante es la renuncia a las penas de privación de libertad inferior a seis meses, salvo en el supuesto de impago de la multa sustitutoria (1) y aún en tales casos, se recomienda su cumplimiento en

---

(1) Sobre la naturaleza del arresto sustitutorio coercitivo, vid. SCHMITT, "Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumesung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches", Neue Juristische Wochenschrift, 20, 1967, pág. 1.919.

establecimientos abiertos o semiabiertos (art. 53,3). Por eso, el art. 36 señala como límites mínimos y máximos para las - penas privativas de libertad los de seis meses y quince años, excepción hecha de las condenas a perpetuidad. Al señalar ese mínimo de seis meses, el proyecto alemán ha tenido presente - precedentes doctrinales y legislativos muy discutidos. Aludimos a las recomendaciones de Londres (ONU) de 1.960, al Códig<sup>o</sup> penal sueco de 1.962, (2) al portugués de Correia (3), - y al ruso de 1.960-63 (4), y también a las deliberaciones y

-----

(2) LAMBERT, "Code pénal suédois", Ministère de la Justice, Stockholm, 1.965, cap. XXVI, Art. 1,1.

(3) "Code pénal. Projet de la Partie général. Art. 48", Etu<sup>d</sup>es in memoriam do Prof. doutor José Beleza dos Santos, Coimbra 1.966, pág. 299.

(4) PUSYLEWITSCH, "Strafgesetzbuch des Russischen - Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik von 27 oktober 1.960 in der Fassung von 6 mai 1.963", en Sammlung süsserdeutschen Strafgesetzbücher in deutscher - Uebersetzung, num, 82, Berlin, 1.964, art. 24,1.



experiencias recientes en materia de penas de corta duración(5).

-----

- (5) TIEDEMANN, "Neue Methoden im Vollzug freiheitsbeschränkender Strafen", Juristenzeitung, num. 82, Berlin, 1967, 420  
rapport presentado al Coloquio celebrado por la Fundación internacional penal y penitenciario, en Ulm, 17 a 22 abril 1.967. De otro lado, las experiencias británicas son singularmente interesantes. En 1.948, la "Criminal Justice Act", Art. 17,2, recomienda a los Tribunales no imponer penas privativas de libertad a los menores de veintiún años sino cuando estén convencidos de su absoluta necesidad y de que ningún otro tratamiento sustitutorio pueda resultar suficiente. La "First Offender Act", de 1.958, establece con carácter general la misma regla para todos los acusados que deban ser juzgados por primera vez. El sistema que completa con la norma del art. 39,3, de la Criminal Justice Act", de 1.967, que impone a los Tribunales la obligatoriedad de acordar la libertad provisional siempre que impongan una pena inferior a seis meses, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia contra las personas, o llevando armas de fuego, o que el ofendido sea menor de dieciocho años. Esta solución -que fué también considerada por los autores del proyecto alternativo alemán- pareció limitada, juzgándose preferible la alimentación directa de las penas de corta duración primarias. De hecho, el Art. 27, b), modificado en 1.924, permite su sustitución por la multa cuando la prisión no debiera exceder de tres meses. Como advierte el profesor suizo GRUNWALD, ésta tendencia se abre paso en el Derecho penal europeo continental e insular frente al aumento constante de esa criminalidad primaria menor que parece ser efecto inmediato de las circunstancias de nuestro tiempo -la llamada "era affluent society"-.

El principio de individualización general (valga el -  
aparente contrasentido) se hace patente en el proyecto alternativo  
en el art. 37,2 cuyo leit motiv es el mismo del 38 del Códi  
digo penal suizo, y, sobre todo del "Model Penal Code" america  
cano. La ejecución de la pena debe partir de la consideración  
del condenado como ser responsable en tanto que su personalidad  
lo permita; entre los fines de aquélla debe figurar el de -  
favorecer sus relaciones con el mundo exterior. Otras reco-  
mendaciones proclaman la conveniencia de agrupar a los con-  
denados según las posibilidades y métodos de tratamiento; el -  
trabajo en común; la habitación en departamentos individuales,  
el derecho a tener una ocupación útil, la prohibición de las -  
labores improductivas y la de la detención celular salvo por -  
razones de disciplina. En definitiva, se reproduce en este -  
punto, las reglas que pudieron haber tenido vigencia de haber  
llegado a ser realidad vigente el propio anteproyecto oficial ale-  
mán de 1.909. (1)

-----  
(1) Program fur ein neues strafgesetzbuch; Enrique Gimbernat,  
nota bibliográfica sobre los trabajos de Schultz, Baumann,  
Klug, Noll, Quensel, Kaufmann, Roxin, Schmitt, Hanach y Mai-  
hofer, en "Anuario D.P.", enero-abril, 1.969, pág. 135.

La libertad condicional a título de prueba es posible siempre que la pena no exceda de dos años(1) y puede comprender la totalidad o una parte de ésta; por el contrario, está prohibida si el sujeto había sido condenado anteriormente dentro de un plazo de cinco años. En la propia condicionalidad está inscrita la idea de las circunstancias que pueden serlo impuestas: trabajar regularmente, recibir una formación profesional, dedicar determinadas sumas o prestaciones a una institución social, atender cuidadosamente a sus obligaciones familiares, y, en todo caso, la reparación del daño causado. Por el contrario, no podrán imponersele sin su aceptación expresa la sumisión a un tratamiento médico - de desintoxicación ni la residencia en una institución apropiada - al mismo fin (art. 42, 2 y 3).

-----

(1) Ese plazo es bastante más amplio que el hoy vigente en el Código penal alemán (modificación de 1.953), que lo cifra en nueve meses, y que el de un año del Código suizo y del proyecto austriaco de 1.964; pero es inferior al de tres años de la ley belga de 29 de junio del mismo año. Por lo demás algunos Códigos europeos generalizan la regla para todas las penas de privación de libertad, cualquiera que sea su duración. Así, el sueco de 1.962, cap. XXVII, art. 1,1; la Ley rusa de 26 de diciembre de 1.958 (art. 38,1) y el proyecto portugués de 1.963 (art. 62), todo citado en anteriores notas.

El proyecto no omite tratar en forma detallada la libertad condicional, para la que prevé dos posibilidades: El juez de ejecución debe liberar al condenado al cumplir dos tercios de la pena (48,1), pero tiene la facultad de hacerlo desde que haya satisfecho la mitad -o quince años, si la condena fue a perpetuidad-, siempre que tenga razones para creer que el liberado no cometerá nuevas infracciones (48,2). Cuando éstas no existan, puede igualmente disponer que cumpla el resto en un régimen de establecimientos abiertos o semiabiertos - (48,3).

Singularmente original es otra regla realmente nueva. El proyecto renuncia a la agravación de las penas en caso de reincidencia. El argumento es interesante: Esa agravación se funda no tanto en la naturaleza de la nueva infracción como en el hecho de ser reveladora de comportamiento en general delictivo (Lebensführungsschuld). Es decir, falta una "culpabilidad agravada" que justifique una pena agravada. La lucha contra la reincidencia no debe hacerse con penas -

sino -continúan los citados autores- sirviéndose de medidas de seguridad.

Con ella enlaza la que suprime las penas accesorias, singularmente la interdicción, que sólo puede ser impuesta a título de medida de seguridad (art. 78).

El sistema de medidas de seguridad del Proyecto al ternativo es muy simple. Las privativas de libertad son cuatro: internamiento en un hospital para enfermos mentales, en un asilo de alcohólicos, en una institución de terapia social, y el muy cualificado, para reincidentes y delincuentes peligrosos. Como medidas no privativas de libertad, la prohibición de ejercer determinada profesión (ya mencionada) y la retirada del permiso para conducir vehículos automóviles (art. 79). La con fiscación de los instrumentos utilizados para cometer el delito, la restitución y la reparación del perjuicio son meras aplicaciones complementarias de las penas y las medidas de seguridad, por igual (art. 83-92).

Las diferencias entre el proyecto alternativo y el proyecto oficial son importantes en todos esos puntos. El alter

nativo renuncia a cualquier medida especial para los toxicómanos (art. 83 del proyecto oficial) sustituyéndola por el mero -tratamiento médico. Lo hace igualmente respecto de las personas de vida irregular -e incluso para los reincidentes por pequeñas faltas-, al contrario que el proyecto oficial, en cuyas previsiones figura la del internamiento de aquéllos y éstos en un establecimiento especial (Arbeiterhaus) de trabajo. Esas -personas, se dice, necesitan más de la asistencia social que de la pena o la medida de seguridad (1).

Finalmente, las instituciones de terapia social sustituyen en el proyecto alternativo al internamiento preventivo - (Vorbeugende Verwahrung) que el proyecto oficial prevé a título de medida nueva (art. 98) y de intención resocializante - destinada a los jóvenes adultos reincidentes (2).

---

(1) MAYER, "Stratrechtsreform für heute und morgen", Berlín 1.962, pág. 157, 165 y 168.

(2) En el Código penal alemán de 1.871 sólo dos artículos -37 y 38- se refieren al internamiento preventivo.

De todas éstas innovaciones, tal vez la que merezca un comentario más detallado sea la relativa a las instituciones de terapia social, tanto por razón de los sujetos a ellas - destinados como por el propósito -en cierto modo defensista- que las inspira y, desde luego, por la grave prolongación del internamiento. En efecto, la idea directriz es la siguiente: Antes de acudir a otros medios represivos, el Estado tiene el deber de intentar, con todos los medios que las ciencias médicas y sociales ponen a su disposición, la recuperación del delincuente que no ha podido ser resocializado por una pena ordinaria. Así, el art. 69,3 prevé que deben ser transferidos a aquellos establecimientos los individuos que hubieren sido condenados tres veces por infracciones intencionales y que hayan sufrido penas privativas de libertad al menos de dos años. siempre que, ello no obstante, sea notoria su peligrosidad futura. En realidad, la regla con su evidente casuismo pretende describir al reincidente verdaderamente peligroso, - discriminándolo del de tipo menor que no debe ser objeto de esa terapia social. A estas instituciones son destinados tam -

bién los condenados en que se advierta una enfermedad psíquica o una perturbación grave de su personalidad, siempre que hubieran sido condenados a pena privativa de libertad por dos o más años o sólo dieciseis meses, respectivamente. Los delincuentes primarios sólo pueden ser sometidos a éstos tratamientos con su consentimiento que, una vez prestado, es irrevocable.

La estancia en un establecimiento de terapia social tiene una duración mínima de dos años y máxima de cuatro, cuando se aplique por primera vez, y de hasta ocho en caso de reiteración. La finalidad de la institución es "desarrollar, a través de una asistencia psiquiátrica, psicológica y pedagógica especiales, la voluntad y capacidad del detenido para - vivir en lo sucesivo sin cometer nuevas infracciones" (Art. 69,6). El fracaso del sistema reeducativo puede desembocar en un nuevo internamiento más grave, que se cumple en las Sicherungsanstalt (causas de seguridad), y puede alcanzar la grave cifra de hasta diez años de duración (art. 70); el proyecto oficial va mas allá, previendo incluso un internamiento - de duración ilimitada en éstas casas de seguridad. Sólo al -



final de éste último periodo reeducativo cabe al juez la posibilidad de ordenar la libertad del detenido, a título de ensayo.

Por una vez, parece que la lucha contra la delincuencia habitual -y preferentemente la organizada- se emprende con firmeza. Pese a la variedad y confusión de las denominaciones -pena, medidas de seguridad, terapia social, resocialización, etc.- el hecho real es que los dos sectores de la doctrina y los dos proyectos alemanes coinciden en la decisión de apartar a los sujetos peligrosos de la convivencia social bien provisionalmente y por un largo periodo, bien definitivamente. De hecho, y prescindiendo de las diferencias teóricas de naturaleza y finalidad que los separan, el hombre que sucesivamente ha de soportar una pena, una medida de seguridad privativa de libertad y, probablemente, un internamiento preventivo posterior o anterior, ha consumido su vida alejado de toda posibilidad de perturbar la paz social. No le falta razón a Schultz cuando afirma refiriéndose al proyecto alternativo, pero lo mismo podría decirse respecto del oficial -que la Alemania ac

tual ha hecho o en éste terreno todo lo realizable (1). Incluso, tal vez un poco más, para la mentalidad de los penalistas españoles formados en concepciones muy perdurables acerca de la necesaria determinación de la pena -llámese como se llame- - y singularmente de las privativas de libertad, en cierta vertiente hasta ahora indiscutida del principio de legalidad. Sin duda, ha sido precisa un grave endurecimiento de la criminalidad en Europa continental para que penetraran en ella concepciones - tan arraigadas en los países anglosajones como la sentencia in determinada. La influencia del "Model Penal Code" de 1.962 se registra sucesivamente en las legislaciones penales portuguesa, austriaca, sueca y alemana hasta crear una nueva conciencia en lo que dramáticamente se denomina la lucha contra el crimen, tan alejada de la que todavía predomina entre nosotros.

-----

(1) Hans SCHULTZ, "Un tournant nouveau de la réforme du Droit pénal Allemand", conferencia en el Instituto de Derecho comparado (Sección Ciencia Criminal), París, diciembre, 1.967.

En el órden doctrinal, esa nueva coincidencia -que aproxima en gran medida los dos proyectos alemanes, el oficial y el alternativo- se resume en una concepción actualizada del "seis" para una política criminal moderna y coherente, una nueva Filosofía del Derecho penal y de la pena que ya no habla de expiación ni de retribución sino del propósito preferente de la defensa de la paz y del órden público y, en la medida posible, de la resocialización del condenado. La crítica posterior a los trabajos preparatorios y anterior a la discusión parlamentaria no afectó a esa ontología fundamental, derivando, como era previsible a otros corolarios menores tales como la reducción de las penas de prisión para los delincuentes primarios y la posibilidad práctica de realizar la nueva terapia social, cuyo destino ulterior es mucho menos importante que la aceptación del nuevo principio rector. En definitiva repetimos, se inaugura así una nueva "situación espiritual de la Ciencia jurídico penal", según la expresión de Würtemberger (1), consecuencia probablemente de una gene-

(1) "Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft 2ª ed. Karlsruhe, 1957.-Trad.italiana "La situazione spirituale de la scienza penalistica in Germania", Milan 1965.

ralizada exigencia de renovación y de superación del formalismo legalista, iniciada en Alemania y en Italia, pero viva en todos los demás países europeos.

En efecto, tras la segunda guerra mundial se impone en ámbos países la necesidad de la reforma del ordenamiento positivopenal y, por consecuencia o como antecedente, un control crítico revisionista de la estructura dogmática de la ciencia penalística; un control crítico que no se agota en el exámen de la mera coherencia interior de aquél edificio sino que hace que vuelvan a brotar con urgencia las alternativas ontológicas y los problemas filosóficos que están en el fondo del sistema conceptual que los instrumenta: acción, culpabilidad y pena. Al propio tiempo la crisis y la transformación de los sistema de valores atraen la atención del edtudioso del Derecho penal sobre las grandes opciones ideológicas situadas en la base de toda política criminal: el ser del hombre, la libertad de querer, la responsabilidad moral, la finalidad de la pena, etc. Por último, la exigencia de la adaptación del derecho positivo a las nuevas realidades sociales y políticas, -

impone una renovada reflexión sobre el método de la Ciencia penal.

Quedan así trazados los presupuestos ideológicos para la renovación del Derecho penal de la postguerra, ninguno de los cuales es, naturalmente, inédito, pero cuya futura evolución aparece vinculada a renovadas concepciones de los principios y necesidades de la justicia y de las nuevas concepciones gnoscológicas y metodológicas. (1)

Si se dirige la mirada a las etapas fundamentales del desarrollo del pensamiento penal italiano a partir del Iluminismo, puede constatarse el profundo lazo que une la construcción científica y la reflexión filosófica en todo el periodo que va desde Beccaria a la Escuela positiva, probablemente es más original y el que, sobrepasando los confines nacionales, más habría de influir en el desarrollo de la Ciencia penal europea. Es la obra de filósofos como Beccaria, Filangieri y Romagnosi o de juristas que se movían dentro de un riguroso planteamiento jusnaturalista como Carmignani y Carrara.

-----

(1) BARATTA, "Filosofia e Diritto penale", Rivista inter. di Filosofia del Diritto, 1, 1972, pág. 30.

Bien puede pues decirse que en éste primer periodo del desarrollo del pensamiento penal italiano asistimos a un proceso que va desde una filosofía del Derecho penal a un fundamento filosófico de la Ciencia del Derecho penal. La obra de Carrara concluye este largo y profundo proceso de pensamiento en una admirable síntesis conceptual, en la que la noción rigurosamente jurídica del delito se inserta lógicamente en una visión racional de la entera realidad humana.

Esta fase, jamás exquisitamente filosófica del pensamiento penal italiano se abre con el pequeño tratado "Dei delitti e delle pene" escrito por Beccaria en 1.764, que, como la crítica posterior ha reconocido ampliamente es menos la obra original de una genial personalidad que la expresión de un movimiento que se extiende mucho más allá del grupo milanés del de los hermanos Verri -el grupo del "Caffè"-, de cuyas ideas es Beccaria el expositor afortunado; en el fondo, un movimiento en el que late el pensamiento francés que va de d'Alambert a Diderot, y de Helvetius a Buffon y a Montesquieu. El resultado de ese movimiento para la historia de la Ciencia penal -

européa fue la programación de los presupuestos para una -  
teoría jurídica del delito y de la pena, válida inicialmente den-  
tro del cuadro de una concepción liberal del Estado de Dere-  
cho basada en el principio hedonístico de la "máxima felicidad  
dividida entre el mayor número" y sobre las ideas del contra-  
to social y de la división de poderes. Las transformaciones -  
ético-política posteriores no han bastado para hacerla desme-  
recer aunque hayan debido ser rectificadas en función de la -  
nueva concepción del Estado "social" de Derecho.

La base de la justicia humana es para Beccaria la  
utilidad común, pero la idea de la utilidad común brota de la ne-  
cesidad de mantener unidos los intereses particulares, supe-  
rando la oposición de mantener al hipotético estado de insocia-  
bilidad. El Contrato social está en la base de la autoridad del  
Estado y de las Leyes; su función, que deriva de la necesi-  
dad de mantener la coexistencia de los intereses individuales,  
constituye también el límite lógico de cualquier legítimo sacrifi-  
cio de la libertad individual y, en especial, de la potestad pu-  
nitiva del Estado mismo. "Fue entonces la necesidad la que -

obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad ... La suma de esas mínimas porciones justifica el derecho de castigar. Fué, pues, la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad; porque es cierto que na die quiere poner en público depósito más que lo indispensable para inducir a los demás a defenderlo ... Todo lo demás es abuso, no justicia, hecho, no Derecho. Las penas que sobrepasan de lo necesario para conservar el depósito de la salud pública son injustas por naturaleza (1). Así, pues del principio utilitarístico de la máxima felicidad para el mayor número se deduce el criterio de la medida de la pena; de la apelación al contrato social, la exclusión de la muerte, por cuanto es impensable que los individuos pongan espontáneamente en "público depósito" no sólo una parte de su libertad sino su misma vida; y de la idea de la división de Poderes, la negación de la "justicia de gabinete" y la exigencia de una Justicia Independiente del Ejecutivo. La esencia y la medida del -

-----

(1) "Dei delitti e delle pene", cap. II.



delito están, en el sistema conceptual del libro de Beccaria, en el daño social, que habría de persistir en lo sucesivo - -con matices alternativos y no uniformes- a lo largo de todo el pensamiento posterior en la Ciencia del Derecho Penal.

A afirmaciones no lejanas a las que llega Beccaria, aunque partiendo de un planteamiento personal, llega Romagnosi en la "Genesi del Diritto penale" (1.791) y en la "Filosofía del Diritto" (1.825). Su postura se inserta en el racionalismo jusnaturalista que empieza por rechazar la tesis utilitarista y, consiguientemente, la hipótesis contractualista. Por el contrario, afirma la naturaleza originariamente social del hombre y niega el concepto abstracto de una independencia natural, a la que el individuo hubiera de renunciar a través del contrato, para entrar en el círculo de lo social. Según Romagnosi, la verdadera independencia natural del hombre sólo puede entenderse como superación de su natural dependencia respecto de la naturaleza a través del estado social, que permite a los hombres conservar del mejor modo su propia existencia y realizar la propia racionalidad. Las leyes de ese orden social son las leyes mismas de la naturaleza que el individuo puede conocer a través de la razón. El principio

esencial del Derecho natural es para Romagnosi el de conservación de la especie humana y el de la consecución del máximo útil; de él derivan las tres fundamentales relaciones éticojurídicas: el derecho y el deber de cada uno de conservar su propia existencia; el recíproco deber de los hombres de no atentar a la existencia de los demás; y el derecho de cada uno de no ser ofendido por los otros (1).

Igual que para Beccaria, así también para Romagnosi aunque partiendo de la existencia originaria de la sociedad y no de la idea del pacto social, el fin de la pena es la defensa social. La medida del castigo viene determinada por la igualdad o proporcionalidad entre el ataque y la defensa de modo que nunca ésta pueda superar a aquél. Por ello dice Romagnosi, en su párrafo famoso de la "Génesis": Si después del primer delito tuvieramos la certeza de que no habría de repetirse, la sociedad no tendría derecho alguno a casti -

---

(1) "Genesi del Diritto penale", 5ª Ed., Florencia 1.834, págs. 94 y sig.

gar al delincuente (1). Completan éstas ideas la afirmación de que la pena no es el único medio de lucha contra el delito, en cuya prevención debe empeñarse la mas amplia batalla a través del mejoramiento y desarrollo de las condiciones de vida social (2).

La culminación de éstas posiciones jusnaturalistas y racionalistas desde Beccaria a Mancini encuentra una síntesis lógica en la clásica construcción de Francesco Carrara plasmada en su "Programa del corso di Diritto criminale", cuya primera edición del primer volumen -Parte general- ve la luz en 1.859. Con Carrara nace ya, anticipada por su predecesor - en la Cátedra de Pisa, Carmiagnani, la moderna Ciencia del Derecho penal italiano. La visión rigurosamente jurídica del -

-----

(1) Ibid. pág. 85.

(2) Con agudeza, advierte Baratta cómo en ésta última afirmación puede hallarse un anticipo de la doctrina de los "sustitutivos penales" elaborada por Ferri, en el ámbito de Escuela Positiva.

delito que se halla en el centro de la construcción Carrariana conserva todavía una formal validez. Toda la inmensa trabazón de reglas dictadas por el legislador para "reprimir", "Prohibir" o "juzgar" -síntetiza Carrara- deriva de una sola verdad fundamental: "El delito no es un ente de hecho sino un ente jurídico" (3).

Lo curioso es que, cuando Carrara habla de Derecho no se está refiriendo a las mudables legislaciones positivas - sino preferentemente a "una ley absoluta porque está constituida por el único orden posible a la Humanidad según las previsiones y el Querer del Creador". (4) Este significado absoluto - que da al ordenamiento jurídico le permite distinguir dentro del "Programa" una Parte teórica y otra práctica del Derecho penal. Para la primera, el fundamento lógico es dado por la Verdad, por la naturaleza de las cosas, de la cual, según Carrara, descende el orden mismo inmutable de la materia tratada;

-----

(3) "Programma", parte general, vol. I, 1.889, 7ª Ed.pág.

27-28

(4) Ibidem, pág. 55.

para la segunda, por el contrario, que es objeto de "cursos de perfeccionamiento", dicho fundamento viene dado por la ley positiva. Pero la cátedra -escribe el maestro- no enseña jurisprudencia penal sino los principios comunes al Derecho penal válido para toda la humanidad (1). Es ésta, afirma, la Ciencia que debemos estudiar, dejando aparte lo que hayan podido dictar los varios Códigos humanos y buscando la verdad en el Código inmutable la razón (2). El exámen y comparación de los Derechos constituídos no es sino el complemento de nuestra Ciencia.

Cierto que siempre hay un fondo de razón en las apelaciones al ordenamiento trascendente de la vida humana de relación, incluso en materia penal, pero hoy nos dejaría perplejos quien quisiese volver a la rígida contraposición entre la autoridad de la Ley y la verdad que descende de la naturaleza de las cosas a las que Carrara remite toda-

-----

(1) Ibidem, pág. 58

(2) Ibidem, pág. 56-57

construcción teórica del Derecho penal. Pero hay algo que, como antes apuntábamos, debe retenerse: el intento de construir el edificio del Derecho penal italiano en base a una teoría jurídica del delito, en la que éste no es tanto un mero hecho perjudicial a la sociedad como un hecho cualificado jurídicamente, es decir, como violación del Derecho. En la terminología actual podría decirse que, con Carrara, surge el sistema del Derecho penal en torno a una concepción formal de la antijurisdicción. Ello deriva hacia una concepción objetiva del delito que debe primar sobre la subjetiva del reo. La teoría jurídica del delito debe a Carrara el alumbramiento de esa bipartición elementos subjetivo-elemento objeto que quedará como clásica para cualquier sucesiva consideración analítica. La distinción entre consideración jurídica del delito y valoración ética del individuo conduce, por su propia gravedad, a una nueva afirmación transcendental: la de que la función de la pena es esencialmente la defensa social; no la retribución -afirma- ni la enmienda, sino la eliminación del riesgo social que se derivaría de la impunidad del delito. La reeducación del delincuente puede ser una función accesoria, pero no la función

esencial de la pena, ni el criterio para su medida.

La doctrina de Carrara encuentra vasto eco en la ciencia penal italiana determinando el nacimiento de la Escuela clásica, que de él toma la línea de partida. En su ámbito volvemos a encontrar en Pessina (1) la distinción entre un sistema de Derecho penal absoluto y un sistema de Derecho penal positivo, y en Bucellati, la afirmación de que corresponde al estudioso la superación de la posible antonimia (2).

Dos consecuencias importantes deducimos, por nuestra parte, de la ya extensa cita del "Programma" que acabamos de hacer. Una en orden al fin de la pena; otra, al de su individualización. Ciento que la construcción del delito como violación de un orden jurídico necesario y universalmente válido justifica la pena en cuanto mecanismo inevitable para su resta-

-----

(1) PESSINA, "Elementi di Diritto penale", 3ª Ed. vol. I, Napoles 1.871, pag. 7

(2) BUCCELATI, "Istituzioni di Diritto penale secondo la ragione e il diritto romano", Milán, 1.884, pág. 24.

blecimiento, sin implicar por ello la idea de retribución. Sin embargo, es obvio que todo ello está teñido de una evidente abstracción difícil de coordinar con la articulación de unas - distintas categorías de infracciones y con la consiguiente gradación de la pena. Es decir, que la simple remisión a la - antijuricidad con desconocimiento de las otras circunstancias caracterizadoras que pueden facilitar el camino hacia una metodología penal completa es efectivamente suficiente como punto de partida para la construcción de una teoría jurídica irreprochable del Derecho penal en abstracto, pero no parece sufi - ciente -ni siquiera en el ámbito objetivo en que se mueve el ilustre maestro- una teoría positiva del Derecho penal concreto enraizado en las realidades de cada día.

Otro tanto sucede con la pena. Para Carrara parece como si, siendo igualmente graves todas las violaciones del orden jurídico, a todas ellas debiera corresponder una - única sanción prescindiendo de toda otra circunstancia subje - tiva, e incluso objetiva, de punibilidad.

Resulta obvio que estamos operando con una mera



hipótesis de trabajo. No fue ese el pensamiento de Carrara ni son lo mismo antijuricidad que punibilidad. La primera viene cualificada por la mera infracción de la paz social y tiene, cualquiera que sea su entidad, igual valoración objetiva. El orden jurídico infringido debe restablecerse. La segunda viene configurada por determinantes objetivos -culpabilidad-. Creemos que sólo así puede intentarse una superación hoy -válida de la antinomia entre Derecho penal absoluto y Derecho penal positivo que planteaban Pessina y Buccellatti, y configurar con viabilidad conceptual las "categorías" delictivas, la "medida" y también por consecuencia, la individualización de la pena.

SEGUNDA PARTE

## CAPITULO IV

#### Capítulo IV

##### **Evolución de la individualización en la Ciencia Penal.**

- Orígenes de la individualización de la pena.
- Clases de individualización de la pena.
- La individualización en el Derecho positivo.

#### Capítulo V

##### **Individualización y Ontología de la pena.**

##### **CONCLUSIONES.**

Evolución de la individualización en la Ciencia penal.

Saleilles afirma que el Derecho penal es, sin duda, instrumento de defensa social. La sociedad mediante la Ley penal trata de conservar su existencia; pero a la vez es reparación de un orden de derecho indispensable para que la sociedad exista, reflejo de la Ley eterna en la vida social, refutación del mal y del desorden, restauración del imperio de la justicia.

Es la traducción en el dominio de las leyes positivas de las necesidades de defensa social; o mas bien es como el instrumento mismo de defensa social acomodado a las exigencias de la idea de justicia, sigue afirmando Saleilles (1).

Sí, pues, la criminología debe tener en cuenta, en primer término, lo que de social hay en el ser humano, ha de

-----

(1) Raymond SALEILLES.- "La individualización de la pena"

Traducción J. de Hinojosa, Madrid, 1.914, pág. 38 y siguientes.

contar también con lo que es individual y no tiene derecho a prescindir de ese factor importante del hombre psicológico, la idea de justicia.

Por eso el **D**erecho penal puede definirse de un modo bastante exacto y preciso como la sociología criminal adaptada a la idea de justicia.

El derecho penal es evidentemente sociología criminal. Pero sociología criminal que descende de las alturas de una ciencia puramente abstracta para adaptarse a los sentimientos de la multitud.

La pena no es la deuda del individuo criminal, es la deuda del mal que ha producido; y éste mal es el mismo sea cual sea el autor, sean cualesquiera su naturaleza y disposiciones interiores.

La Ley deberá, pues, fijar la pena con arreglo al mal cometido, el mal objetivo.

En esta concepción el **D**erecho penal es una construcción abstracta que no conoce mas que el crimen e ignora

a los criminales.

En cuanto a la función de la pena debe, dirigirse - hacia su fin social, adaptarse a su fin como el instrumento al - resultado. He aquí por qué mira al porvenir y no al pasado, el hecho por realizar y el resultado a obtener más que el cometido delito.

Y por tanto, la pena para cada cual en particular - debe ser apropiada a su fin, para que produzca el mayor efecto posible. No cabe fijarla de antemano de un modo estricto y rígido, ni regularla legalmente de un modo invariable, ya que - el fin de la pena es individual y debe obtenerse por el empleo de una política especial adecuada a las circunstancias, más - que por la aplicación de una Ley puramente abstracta, ignorante de las especies y casos que se cometan.

Esta es la diferencia entre la pena caracterizada - por su fin, en oposición a la pena inmovilizada por su función- de retribución (2) puramente mecánica y matemática, sin repara

-----

(2) ARAMBURU.-Discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1.910.

ración en el pasado no resultado en el porvenir.

Si miramos la pena en su fin considerando el porvenir, y para la realización, de un fin es preciso que sea - esa pena la que se adapte a la naturaleza de aquélla sobre - quien recaiga. Hace falta que la pena le levante y le ayude a rehabilitarse, y si el delincuente es un incorregible, hace falta que la pena sea para la sociedad una medida de defensa y preservación radicales.

Esa adaptación de la pena al individuo es lo que - hoy se llama la individualización de la pena.

Y entonces sí que hay que decir que no hay crímenes propiamente dichos, sino criminales.



### Origen de la individualización

Ahora bien, la idea central es sobre qué bases debe hacerse la individualización de la pena, para la cual puede hablarse de varios sistemas.

Por quien debe hacerse la individualización de la pena. Es la ley quien de antemano y por vía de presunción, sin conocer a los individuos a quienes se aplique, pero juzgando a los individuos por los hechos y clasificándolos por categorías legales, la que se encargará de medir, aproximadamente, la pena y adaptarse así a la criminalidad individual. Sistema de individualización legal.

Es, al contrario, el juez en presencia, no de un ser abstracto y anodino, sino de un ser real que ha cometido el crimen, sabiendo lo que es y lo que vale, el que hará esa adaptación de la pena a su grado de moralidad subsistente a la esperanzas que pueda inspirar la regeneración y rehabilitación moral. Sistema de individualización judicial.

Habrà, por último, que ir mas lejos y encontrando

que el juez está mal provisto para apreciar al hombre en su valor, puesto que no conoce mas que un hecho, el delito cometido -con todas las consecuencias que le rodean, es cierto, pero sin que pueda adivinar el efecto de la pena sobre su -  
temperamento - habrá que dejar a la administración peniten -  
ciaria que ve la obra de los clientes que se la confian, el -  
cuidado de acomodar la pena a los progresos que note, el -  
cuidado, por consiguiente, de hacerla cesar cuando juzgue -  
procurada la enmienda y definitiva la rehabilitación individual.  
Sistema de la individualización administrativa.

Clases de la individualización penal.

El derecho penal es completamente objetivo, ya que lo que reemplaza la pena es una suma fija independiente de toda consideración individual. Es decir, que si hay en los principios como un primer ensayo de individualización, esta se realiza desde el punto de vista de la víctima y no del delincuente. Sólo se tiene en cuenta la persona del ofendido. Según el puesto que ocupa, su rango, o mas tarde, la función que realiza, el precio varía.

Si se tiene por cierto que la pena debe ser individualizada, hay que admitir que el crimen y la criminalidad son cosa eminentemente individual. O bien si se persiste en creer y decir que las verdaderas causas del crimen son factores impersonales diseminados en la naturaleza entera, en la historia y en la sociedad, de los que hemos hablado, hay que tender únicamente a corregir esos factores y no a corregir al individuo, simple ejecutor de sus órdenes soberanas.

Por tanto, la tendencia general a individualizar la pena revela claramente que el crimen se considera cada vez

más como un conjunto de causas individuales y al individuo - como responsable de su ejecución. La responsabilidad y la individualización de la pena nada tienen de heterogeneo, y esas dos ideas son conexas, una implica la otra, y al asociarlas - Saleilles en su teoría ha evitado la contradicción en que han - caído otras escuelas más radicales pero menos lógicas.

En consecuencia sigue diciendo Saleilles, se puede en rigor, considerar tres clases de individualización: una legal, hecha de antemano por la Ley; otra, la judicial, hecha por el juez, y, por fin, la tercer, hecha mientras se ejecuta la pena por la administración, la individualización administrativa.

En realidad, no hay individualización legal. La ley no puede prever más que especies, no conoce los individuos, Lo que se ha tomado como casos de individualización legal - son motivos de atenuación o agravación de pena fundada en la mayor o menor gravedad del delito, por consiguiente, en el - grado de responsabilidad. Se trata de individualización basada en la responsabilidad, y esto está comprendido en la tesis de la escuela neoclásica. Es una falsa individualización.

Se puede muy bien concebir que la ley admita causas que - puedan atenuar la pena, que es cuanto el delito por su mate\_ rialidad es menos grave; es un cambio de tarifa, y no hay - nada mas legítimo. Hay muchos casos en que ésto podría con\_ cederse; por ejemplo, en la especie célebre de lo que se lla\_ ma todavía el dolo eventual, el caso de transformación acciden\_ tal del delito (1).

La ley debe, por tanto, prever los motivos diversos los clasificará con esmero, y siguiendo sus caracteres y sus naturalezas, ella misma atenuará o agravará la pena. Es lo que ha hecho el primer anteproyecto suizo, el de Stooss. Hay así una manera de individualización legal, que descansa sobre - una presunción sacada del motivo. Pero la cuestiones preci - samente si el motivo debe, en realidad, servir de base a la individualización misma de la pena, o si no será mas bien el

-----

(1) VON LISZT: Memoria sobre el Congreso de juristas ale\_ manes, 1.897.pág. 100 y siguientes.

./..

verdadero criterio que fuera en adelante la medida de la responsabilidad. Es una cuestión relativa a los poderes del juez, puesto que es el juez el llamado a apreciar ésta medida de la pena. Todas estas cuestiones estarán mas en su punto a propósito de la individualización judicial. Volvemos, por tanto, a esta fórmula ya enunciada de que toda individualización legal no es más que una falsa individualización fundada sobre el hecho de la responsabilidad, y que no está tomada dela verdadera naturaleza del agente.

En cuanto a la individualización judicial, la cuestión no puede resolverse de un modo independiente. Va unida indisolublemente a otra serie de problemas; lo relativo al régimen de la pena. Puesto que la individualización debe consistir en establecer penas de naturaleza distinta para categorías distintas de criminales, hay una doble cuestión que resolver. La primera debe consistir en establecer la clasificación de los de lincuentes, y la segunda en determinar las penas correspondientes a cada categoría. Vemos ahora los principales procedimientos propuestos para permitir al juez hacer una aplicación más individualizada de la pena.

./..

El primero, es el que consiste en hacer depender la atenuación o agravación de la pena de los motivos mismos del delito. Es la teoría o el sistema de los motivos más o menos vagamente dibujados en varias legislaciones o proyectos modernos, que ha recibido una reglamentación precisa y sabia en el anteproyecto suizo, sobre todo en su primera redacción.

Llegamos así a la conclusión de que el motivo que hay que tener en cuenta, desde el punto de vista penal, es el que se encarna en un factor psicológico que haya inspirado el crimen y lo haya dado su nota dominante. Ese motivo, así precisado, servirá casi siempre para calificar la criminalidad subjetiva del hecho; él proporcionará al juez uno de los elementos más seguros para medir la intensidad de la pena, y , por tanto, su duración.

En una teoría que no admite individualización fundada en la responsabilidad, hace falta una individualización fundada en la criminalidad subjetiva del hecho, es decir, en el acto criminoso tomado en un conjunto de todas sus causas psicológicas y apreciada en su unidad y su individualidad.

En fin, no hay mas que dos sistemas posibles, el de la aplicación legal o el de la aplicación judicial. El sistema de la aplicación legal es propuesto por los innovadores más tímidos. Consiste únicamente en colocar aparte en la ley algunos crímenes o delitos que tienen un carácter menos deshonesto, y a los que se aplicarán, de las dos penas de prisión, la que no fuese considerada como deshonesto.

Pero todo esto no es mas que individualización legal, del todo insuficiente.

La individualización judicial sólo constituye un diagnóstico. Es una clasificación individual, hecho sobre la realidad; es decir, sobre el sujeto real, en vez de serlo sobre la individualidad abstracta, que es el caso de la individualización legal. Pero en materia de tratamiento moral, como cuando se trata de terapéutica médica, el diagnóstico no basta; - hay que aplicar el remedio, y éste varia para cada uno. Pero esto, materia de penología, no es asunto del que pronuncia la pena sino del que la aplica. Y el que la aplica es la administración penitenciaria. Hace falta, pues, que la ley -



deje cierta iniciativa y elasticidad en la adaptación del régimen para que, a su vez, individualice la aplicación de la pena a las exigencias educativas de cada cual. En la individualización administrativa.

Luego tenemos el punto de vista de la duración: la individualización administrativa comprende las dos cuestiones, la relativa al régimen y la relativa a su duración; pero veremos que de hecho sólo constituyen una. Es evidente que no se puede armonizar la regeneración moral con la certeza de una liberación a día fijo. Si la pena es, ante todo, una medida de reforma, un tratamiento moral, es imposible fijar su duración de antemano.

No es el juez quien puede determinar de antemano la salida de la casa de reforma, es la administración penitenciaria. El juez afirma la papeleta de entrada y elige la pena; designa el establecimiento donde debe colocarse al individuo, pero no es quien firma su salida.

Esto es asunto de la Administración a que es con

fiado el condenado.

De modo que el juez no puede determinar la duración de la pena, sino únicamente su naturaleza y elección. Hemos visto, respecto de la individualización judicial, que el juez debe fijar la duración de la pena según la criminalidad subjetiva del hecho, y su naturaleza según la criminalidad general - del agente.

Una parte pertenece al juez, que ha de hacerse la elección de la pena: es la individualización judicial, y otra pertenece a la Administración, que ha de fijar la duración de la pena. Es decir, hacerla cesar cuando juzga que es ya inútil: es la individualización administrativa.

Basta indicar aquí la combinación forzosa de los dos puntos de vista de que hemos hablado respecto de la individualización administrativa, la elasticidad y la flexibilidad del régimen, armonizándose con la indeterminación de la duración. Era necesario, para que el régimen pudiera dar su medida - y para que la comprobación de los resultados resaltase en cierto modo del organismo penitenciario, que el director se -

reservase la mayor libertad de adaptación respecto del empleo de la actividad de cada uno y, por tanto, del modo de trabajo y de los mismos rigores del régimen. Y así, la individualización del régimen se hacía durante la pena, no por grupos y categorías más o menos amplios, como se hacía por el Tribunal, sino para cada uno en particular, según la experiencia personal resultante se la primera aplicación de la pena.

Ya en el Congreso de Estocolmo se pidió, adelantándose en cierto modo al sistema de las penas indeterminadas, que la pena sólo se fijase en sus grandes líneas y que respecto, de los detalles la Administración tuviese una gran libertad, una amplia iniciativa para fijar la adaptación individual. Era el voto más completo que se hubiese formulado en favor de la individualización administrativa. La indeterminación de la sentencia no es más que un sistema de un atrevimiento relativo en comparación de lo arbitrario, si vale la frase -pues es lo arbitrario en el sentido en el antiguo derecho-, encomendado a la administración penitenciaria.

Muchos delincuentes, son sólo transeúntes de la -

- 131 -

criminalidad, sufren una crisis y hay que ayudarles a salir de ella. La pena puede ser uno de los medios mas eficaces.

La individualización en el Derecho positivo.

El código penal español expone sus preceptos de graduación de la pena del modo siguiente: a) reglas generales, en el libro 1; b) reglas especiales, en el libro II; con lo que formula un criterio por demás digno de alabanza, ya que con ello colma las exigencias comunes de los delitos y de otra parte humaniza los rígidos cuadros penales, establecidos en el libro II, con singulares disposiciones de graduación de pena, que, como en el supuesto del artículo 318 cumple, en orden a las falsedades, una función por demás repleta de contenido humano y técnico-dogmático.

De entre ellas destaca, por su importancia penal y criminológica, la regla cuarta del artículo 61, que por primera vez figura en el texto. Tengamos como punto de referencia esta disposición para realizar una incursión hermenéutica.

a) Dispositivo valorativo.- La disposición precitada declara: "Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán -

la pena señalada por la ley en el grado que estimen conveniente". En este precepto se condensa, en buena medida, la actitud mantenida por el legislador en cuanto al arbitrio y la medición de la pena, pues consciente de la novedad que entraña en orden al texto precedente, lo indicó ya en el preámbulo del decreto de promulgación, por si no fuera bastante lo manifestado por un redactor de la reforma, quien indica que "representa profunda innovación"..., ya que "puede recorrer la extensión total de los tres grados de dicha pena" (Castejón).

Desde el ángulo técnico-dogmático cabría preguntar en estos o parecidos términos: ¿Qué novedad entraña en orden a la ideología penal representada por la reforma? ¿Ha recogido con ella las modernas aportaciones traídas de la mano de la persona del delincuente? ¿Qué consecuencia se infiere en cuanto al concepto de la pena? ¿Qué valor y alcance revisten las citadas referencias? Sólo en términos generales, y en forma resumida, cabe contestar así: en verdad que la expresa alusión a la persona del delincuente, con jugada copulativamente con el hecho, con la primacía a éste, reve-

la un propósito de modernidad y de poner en manos de los tribunales una valiosa herramienta con la que puedan efectuar una medición de la pena templada a la Justicia general y particular del caso, pues no se olvide que el objeto de valoración penal está expresamente señalado en su doble dimensión de hecho y persona.

Además, la expresa consigna al hecho y al autor impone a los tribunales de Justicia la necesidad de formularse mentalmente - cuál será el comportamiento del individuo en el futuro y las posibilidades o no de corrección, y, en consecuencia, tendrá que decidirse por una protección y defensa de la comunidad política; o, por el contrario, pueden prevalecer puntos de vista de reincorporación social, por su condición de corregible, o penetra en el confín de la mirada del juez la simple idea de la intimidación y efectos de prevención general ante la sociedad. De suerte que una correcta estimación de ambos objetos de referencia -hecho y autor- moviliza los distintos fines de la pena y dicta, en cierto modo, la preponderancia de uno y otro. La conjunción de ambos -hecho y autor- impone una doble perspectiva al juicio valorativo de los tribunales.

Actualmente, y en prueba a la seguridad, se postula por -

el pensamiento de que el objeto de la prevención no es, sin más, el individuo peligroso, sino que siempre se exige una referencia - al hecho realizado.

En suma, en la graduación de la pena refluyen los distintos aspectos, de suyo antinómicos, de la pena, armonizándolos en beneficio de una pena justa.

Pero téngase en cuenta, para una buena comprensión dogmática y criminológica del hecho, que nuestro texto se adapta a la - ortodoxia de la medición de la pena, al concebir el acontecimiento delictivo como graduable, a pesar de la inexistencia de circunstancias, ya que literalmente dispone "la mayor o menor gravedad del hecho", con lo que, además, matiza la naturaleza expiatoria y de orden retributivo de la sanción, ceñida al dogma del acto, sobre - todo habida cuenta de que nos hallamos, debe repetirse, con una figura raída de circunstancias.

En la contemplación del "hecho", tal como está diseñado en la meritada regla, deberá entrar en liza la dialéctica del comportamiento doloso o culpable y la graduabilidad objetiva del acto, con -



la salvedad impuesta por el párrafo tercero del artículo 565.

Por imperativo de su naturaleza, la pena debe ser adecuada al acto; cuando esto no sucede se desnaturaliza su esencia. - "Teniendo -expone Mezger- sólo en cuenta la persona del sujeto - a quien ha de aplicarse, tal medida ya no es pena".

Al lado del hecho, y enlazado en rango inferior, la mención a la "personalidad del delincuente" supone ayuntamiento exigido por las conquistas criminológicas y dirigido a una captación más esencial del suceso penal, que se proyecta en una concreción proporcionada de la pena, si bien requiere igualmente un razonamiento - de nuestra vieja ley rituaria criminal encaminado a un conocimiento científico del proceso, que después, en el instante del juicio, sirva de fundamento para una individualización de la pena, en atención al tipo de personalidad del delincuente, ya que hasta ahora sólo se - dispone de los antecedentes penales y del dictamen médico en - determinados supuestos. Con sobrada razón se dijo por Castejón, a propósito de la regla comentada, que la personalidad del delincuente es la idiosincrasia y carácter del reo desde el punto de vista criminológico, y en especial de su posible recaída ('peligrosidad').

Además, la presencia del delincuente, como objeto de valoración, da a entender que la medición se dirige también al porvenir, indicándonos con ello la mayor o menor posibilidad de recaer en el delito, con lo que dicho se está que hará una especie de - prognosis.

Tampoco debe olvidarse que tanto el hecho y la personalidad en la regla susodicha están desnudos de elementos en que apoyar la graduación. La personalidad carece de ficha criminológica. Sólo se opera aquí con la referencia del comportamiento realizado. - En cambio, en otros supuestos que indicaremos, aparece determinada mas gravemente la pena en virtud de la presencia de tipos - de intensa culpabilidad crónica de tendencia, como acontece con - los reincidentes, culpabilidad habitual de la tendencia, delincuencia profesional.

La adaptación de la pena a la culpabilidad, tal como se postula en el área doctrinal y ha recogido imperativamente el código - penal federal suizo en su artículo 63, traspasa la pura concepción de la pena por la simple culpabilidad del hecho, puesto que dada - la complejidad de esta noción, en la teoría normativa, aceptada por

la inmensa mayoría de los autores, existe, como se recordará, una referencia "de la acción a la total personalidad del autor" - como lo expuso Mezger-, y que constituye según este ilustre penalista, "importantes líneas de enlace con la teoría de la medida de la pena".

Además de la expresa alusión al hecho y a la personalidad, el legislador utiliza otros elementos, de suyo mesurables - como, fundamentalmente, las circunstancias, el fin, los móviles, - la clase de antecedentes, el género de vida, etc., los cuales señalaremos en el curso de esta exposición. Pero, sobre todo, re - carga su acento graduativo, cabría decir, en los casos en que - nos hallamos con sujetos que denotan una culpabilidad mas intensa.

Los autores señalan tres fases en la vida del precepto jurídico penal y los caracteres que presenta en la relación con los - "dogmas del hecho y del autor", exponiendo que en el momento legislativo prevalece el principio del hecho con la seguridad jurídica que suministra la fácil descripción del mismo en un tipo penal. En el segundo momento, llamado judicial o de realización, el juzgador

equilibra la formalidad abstracta del hecho establecida con la movilidad ofrecida por el autor y el juego de las innumerables circunstancias reobradoras sobre la decisión criminal, dominando a veces todavía el hecho, y sólo en determinadas circunstancias prepondera el dogma del autor. En tanto que en el momento de ejecución, el autor, o por mejor decir, el "hombre", que dijera Concepción Arenal, habla en buena medida la acción, siendo la individualización humana la típica de la llamada ejecución penitenciaria. Pues bien; vamos a ver, aunque sea brevemente, la dialéctica del "dogma - del hecho o del autor" en el estamento penal español.

Téngase en cuenta, para la buena captación de estos tres momentos, que jamás podrá lograrse una absoluta identificación entre, de un lado, sentido, función y fin de la pena; y de otra parte, los momentos de mas relieve en la medición de instancias y - realidades diversas, y siempre prevalecerá, dígase lo que se - quiera, la situación concreta de la graduación de la pena sobre - las consideraciones generales de ésta.

También se observa a lo largo de las disposiciones objeti -

vas relativas a la graduación de la pena cómo se encadenan unos con otros los fines de la pena, pues, a veces, se resalta el aspecto intimidativo, como, por ejemplo, el capítulo del robo, aparte de otros; en ocasiones, la función de seguridad de la pena se percibe a las primeras de cambio, como en el trato de los reincidentes y - habituales, o se esmalta de carácter educativo, como pasa con los - ocasionales y la minoridad de dieciseis o dieciocho años, si bien - la convergencia de las distintas funciones se centra en la expiación por el hecho cometido, ya que no en vano aquí delata el pensar - penal su procedencia teológica.

a) El dogma del hecho .- En razón a la naturaleza de - nuestro texto punitivo, tenemos que el hecho, como viene designa - do en la mayoría de los preceptos vigentes, la conducta delictiva, sirve de objeto de valoración entre otros, en los artículos siguientes:

1º En cuanto a la limitación establecida para no imponer la pena de muerte, a pesar de la concurrencia de una agravante, párrafo 2º de la regla 2ª del artículo 61.

./..

2º A veces apela al vocablo "mal", de coloración ética, el legislador para determinar el quantum de la pena en conjunción con las agravantes y atenuantes, según exige la regla 7ª del mismo artículo.

3º La compensación racional de las agravantes y atenuantes de la regla 3ª de idéntico artículo, especie de fuente de una copiosa doctrina jurisprudencial y origen en buena dosis de la negación de revisionalidad del juicio de medición de la pena, por contraposición de la postura jurídicopenal, pongo por caso de los artículos 132 y 133 del código penal Italiano, en que se exige razonar el uso realizado por el arbitrio judicial.

4º Igualmente, la gravedad de los hechos da pie en determinados delitos, según el artículo 67, para imponer una concreta medida de no residir en precisos lugares.

b) El dogma del autor.- En determinados casos informa el precepto la humana realidad concreta del delincuente, quien ocupa la parcela de valoración de la graduación de la pena, verbi gracia:

1º En referencia con el tipo de sanción, como acontece con la multa, el proceso de medición de la pena es de más fácil cristalización positiva, y así por ejemplo, en el momento legislativo ya se dispone la inmediata concreción, habida cuenta del caudal del - condenado, y también su pago fraccionado, con lo que se atiende de modo mas cercano al principio del autor, el cual prevalece en el artículo 63, saltando, por tanto, la mecánica ofrecida por las - agravantes y atenuantes en beneficio del culpable, siendo uno de - los supuesto en los que conserva vigencia el Derecho penal de - autor, como demostró Bockelmann:

2º El límite del juego de las agravantes y atenuantes, dentro del marco de la división de la pena en tres grados, igualmente es tá constituido por la referencia del hecho y del culpable, según dis pone el párrafo 2º de la 2ª del artículo 61, con lo que deja de - imponerse la de muerte, si bien aquí la deducción se basa en el - análisis de la naturaleza y circunstancias del delito y del culpable

3º El predominio del principio de autor resplandece en los tipos caracterizados criminológicamente, y sobre cuyos extremos - ofreció Mezger una importante aportación. Así tenemos cómo los

tipos reincidentes y habituales ofrecen asidero para agravar la pena, sin contar aquellos casos delictivos en que constituyen elementos integrantes de la descripción penal. Con ellos es posible, en vista del abonado terreno que brinda a la individualización penal, llegar hasta saltar el marco de la sanción establecida, aplicando la pena superior a la señalada como cuando concurre la circunstancia agravante 15ª del artículo 10, conforme ordena la regla 6ª del artículo 61.

Conviene recordar en este orden de ideas el artículo 415 y el número 3º del 516, en punto a la elevación preceptiva y potestativa, respectivamente contraído a la habitualidad y reincidencia.

4º En aquellas leyes, montadas sobre una arquitectura politicocriminal, de presión de determinadas actitudes, mas que comportamientos, se patentiza la prevalencia del dogma del autor en cuanto a la medición de la pena. Y así la agravación del habitual del párrafo 3º del artículo 546, bis, letra a), y la expresada y por demás interesante alusión a la graduación de la pena del artículo 546 bis, letra e), con el paso al primer rango de la perso-



nalidad del delincuente, a pesar del resalte que hizo en la letra precedente de la "suma gravedad" de los hechos.

5º La persona del autor se eleva a primerísimo rango - en los supuestos de minoridad, tal como previene el artículo 65, en que se sustituye incluso la pena por una medida, de duración indeterminada, con fines correctivos.

c) Otros aspectos.- Y en cuanto a otras disposiciones, - bueno será señalar, por ejemplo, las siguientes:

1º La referencia individualizadora al modo de vivir, del - artículo 187, párrafo 2º

2º La concerniente al sexo femenino, del artículo 77.

3º Incluso el criterio, supervivencia de otro tiempo, de sa tisfacción al lesionado, de los artículos 88; 94, número 2º, y 96, que tanto cuenta en la explicación por Schmidt concerniente al - problema de la medición.

4º Los artículos 148 y párrafo 2º del número 2º del 164, en que gradualmente se estima el hecho y el autor. Como, igualmente, el artículo 223, en que emplea idéntica abrazadera de hecho y delincuente.

5º La gravedad del resultado y los móviles desencadenantes del suceso se hermanan en el artículo 235, y sólo el primero en el 240 y 241.

6º La pura consideración del delincuente, en el artículo 252, y la doble perspectiva de gravedad y personalidad, en el 253.

7º Y, en cambio, el libre juego de las circunstancias y de la peligrosidad, en los artículos 255 y 256, y, sobre todo, conviene resaltar la excelencia del artículo 318, que da flexibilidad a los rígidos moldes del mormalismo de las falsedades, con sus varias referencias de valoración.

Y la novedad que, igualmente, entraña la estimación de los medios peligrosos, del 506, en cuanto a la medición de la pena.

8º El excepcional supuesto del párrafo 2º del artículo 530, en que, aun cuando concurrieren otras circunstancias agravantes, la doble reincidencia, en un tipo como este de habitus criminalis, paraliza algunas reglas del artículo 61, y deja sin efecto, por tanto, la presencia de otras circunstancias; caso, por decirlo así insólito.

9º Y en otro orden, pero siempre en conexión con la graduación de la pena, bueno será señalar, entre otros, los artículos 495, 530 y número 4º del 529, artículos 552, 565 y otros mas.

Resumiendo: cabe decir que:

La graduación de la pena, conforme a las reglas expuestas deberá poyarse en la retribución justa por el hecho realizado, principio objetivo del acto, y en la expiación del grado de culpabilidad representado en el caso concreto.

Y la pena entenderse en su ponderada armonía de fines y funciones distintas, asumiendo tareas de prevención general y especial, dimensiones diversas de una misma actitud y finalidades de expiación y corrección.

Dada la expresa alusión a la persona del culpable, debe completarse, y a veces pasa al primer plano, como en el artículo 546 bis, con la capacidad criminal del culpable y su posible corrección, con lo que domina aquí el punto de vista de un Derecho penal de peligrosidad.

De las medidas de la ley de "peligrosidad social", por supuesto prevalece la tipología de autores, criminológicamente enten-

didos, en vez de tipología de acciones.

Sería deseable de iure coniendo que se remozara el viejo texto de la ley rituaría y facilitara un proceso de conocimiento de la personalidad del procesado, al modo como se pregonizó últimamente en el XII Congreso Internacional de La Haya, puesto que ya Montes, a propósito del código penal de 1.928, mantuvo, apoyándose en Cathrein y Von Liszt, que "para dictar normas generales de individualización penal hay que proceder a una clasificación de los delincuentes."

La medición de la pena deberá tener en cuenta, principalmente a la hora de concretar el quantum, fundamentales razones de Justicia y moralidad, pues las puramente necesarias y utilitarias sólo cobran sentido integradas en aquéllas.

Por exigencias nacidas de la misma naturaleza prohibitiva del orden penal, debe apoyarse siempre la graduación de la pena en el hecho cometido, comprendido como expresión de una persona humana, esto es, que "se pena al delincuente - como decía Montes- por lo que ha hecho, y debe, a la vez, tenerse en cuenta lo que es".

El profesor Quintano estudia la individualización de la pena en sus COMENTARIOS, y señala por vía de ejemplo algunos - artículos del Código penal que hacen referencia a la misma, como el artículo 67, que dice:

Art. 67. Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según la circunstancia del caso.

Novedad supone este artículo, debida a la reforma de 1.944, inspirada, como en otras ocasiones, por el Código de 1.928 (art. 106). Pero lo que en éste aparecía como medida de seguridad dentro del capítulo correspondiente a las sanciones de esta especie, en el vigente se trata, con notoria impropiedad técnica, dentro de las reglas de aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes. Ello no quiere decir, sin embargo, puesto que su redacción es clara, que la medida de interdicción domiciliaria tenga una forzosa relación con las mencionadas circunstancias modificativas de la responsabilidad. La facultad otorgada al -

Tribunal es absoluta, no haciéndose otra mención que la objetiva del delito y su gravedad, y la subjetiva del peligro. Queda - como problemática, en cambio, su naturaleza: ¿es medida de - seguridad?; ¿es pena?.

Lo normal y científico, en todas las legislaciones modernas que la reconocen, que son la mayoría, es que la interdicción de domicilio sea una medida de seguridad. Excepcionalmente, como - pena accesoria, la calificó la ley francesa de 27 de septiembre de 1.885 ("interdiction de sejour"), que la introdujo como sustitutoria de la antigua de vigilancia policíaca. A que sea pena, - en nuestro Derecho, se opone formalmente el hecho de que no esté consignada en la lista exhaustiva del artículo 27. En ella está, no obstante, la de destierro, que, atendiendo a su delinción del artículo 88, se la parece como una gota de agua a otra. Una diferencia, puramente cuantitativa, podrá hallarse - en la no consignación de espacios kilométricos, y esto, en definitiva, basta para acallar los escrúpulos de riguroso legalismo. Si de pena se tratase, infringiríase, a no dudarlo, la dogmática pena que el artículo 23 consagra, la que, de todos modos, no queda muy bien parada con el nuevo precepto.

Estos pequeños reparos doctrinarios pueden, en cambio, dispensarse, en atención a la utilidad e intrínseca justicia de la medida, tan evidentes que excusan toda argumentación. En lo que sí parece haberse excedido un tanto el arbitrio es en la tan absoluta indeterminación de plazo, pues que los haya para el destierro y no para esta medida accesorias no deja de ser anómalo. Bien esta la indeterminación, y aun necesaria, en los casos en que la eficacia dependa de objetivos educativos, correctivos o terapéuticos, como en el tratamiento de menores, multirreincidentes, alcohólicos, perturbados, etc.; pero cuando, como en el presente, la finalidad es de seguridad, y, en cierto sentido, de satisfacción vindicativa de la víctima, la indeterminación no parece justificada.

La redacción del artículo creador de la interdicción de residencia plantea, en fin, la cuestión de su eventual quebrantamiento. No siendo destierro ni, por las razones antedichas, pena principal ni accesorias, el incumplimiento no estimo que pueda acarrear la modalidad delictiva de quebrantamiento de condena. y, de darse el caso, mas indicada parecería una calificación de desobediencia.

Art. 82. Cuando el delincuente cayere en enajenación después de pronunciado sentencia firme, se suspenderá la -- ejecución tan sólo en cuanto a la pena personal, observándose en sus casos respectivos lo establecido -- en el párrafo segundo del número 1 del artículo 80.

En cualquier tiempo en que el delincuente recobrare el juicio, cumplirá la sentencia, a no ser que la pena hubiere prescrito, con arreglo a lo que establece este Código.

Se observarán también las disposiciones respectivas de esta Sección cuando la enajenación sobreviniere hallándose el sentenciado cumpliendo la sentencia.

Concuerdan con esta causa de suspensión, o, en su caso, de inejecución de sentencia condenatoria, los artículos 991 a 994 -- de la ley de Enjuiciamiento criminal y los decretos de 10 de -- septiembre de 1.897, 6 de febrero de 1.928, 14 de noviembre de 1.930 y 3 de julio de 1.931. En ellos se regula el detalle del procedimiento a seguir en los casos a que este artículo 82 hace referencia: la instrucción del expediente incidental, con --



audiencia del ministerio fiscal y aun de la defensa, en juicio contradictorio si hubiere oposición, el nuevo fallo pertinente para que tenga lugar la suspensión de la ejecutoria, y el régimen psiquiátrico penitenciario oportuno. En dichas disposiciones se tiende, indudablemente, a humanizar el fondo, innegablemente cruel, que la disposición del Código encierra; y - hasta se permite, en el decreto de 1.930, la permanencia - del penado en el establecimiento psiquiátrico, después de curar, si el plazo de tiempo que le queda por cumplir no es superior a cuatro meses.

Con esto se plantea la interesante cuestión de si es defendible el criterio de estimar la enajenación mental como mera causa de suspensión, sin otro posible cómputo que el de la posibilidad de prescripción de la pena.

Son muchos los psiquiatras que inculpan precisamente al régimen penitenciario de internamiento gran número de trastornos mentales sufridos por los reclusos, llegando hasta diagnosticarse uno específico, denominado "psicosis carcelaria" - (Wallen y Sommer, entre otros). Verdad es que, frente a - ellos, no faltan profesores que lo nieguen (Patini y Aschaffenen .

burg, por ejemplo); pero, en todo caso, aunque la enfermedad surja inmediatamente después de pronunciarse la sentencia, sin cocomitancia alguna con el régimen penitenciario (en este caso la suspensión no computada resultaría monstruosa), el no cómputo del internamiento sufrido resulta de una innecesaria crueldad, en pugna con los modernos principios del Derecho penal (2). Hacer depender la ejecución o inejecución de una pena, no de actos conscientes y voluntarios, sino de un azar, como es el del momento de surgir una enfermedad, es algo que repugna un tanto a la actual conciencia jurídica. Si ese mismo culpable hubiere enfermado unos días antes, procedería su absolución o el sobreseimiento libre, y ese mínimo y fatal retraso de diagnóstico supone para él que la pena recaiga en todo su rigor, con el vindicativo refinamiento de esperar pacientemente la curación para iniciar o proseguir su efecto.

A pesar de todo, hay que reconocer que, bien que cruel, el precepto de simple suspensión está acorde con los postulados

-----  
(2) Sobre la cuestión, véase Wilson y Pescor: Problems in prison Psychiatry. N. Idaho., 1.939, pág. 203.

formalistas y doctrinarios, puesto que es incuestionable que el internamiento clínico no es pena en el sentido estricto y legal de la palabra. Es más, nuestro viejo sistema ha sido acogido en el moderno Código italiano de 1.931 (artículo 148), que regula la cuestión de modo muy similar.

Menos doctrinarios, y aun lógicos, si se quiere, pero mas humanos, el francés (ya desde la secular ley del IV Vendimario del año IV) y el suizo (art. 40), han preferido el procedimiento, contrario, de que la enajenación mental del recluso no suspende el cómputo de la ejecución, originando solamente un cambio de régimen penitenciario, con el consiguiente traslado a un establecimiento adecuado. En el Código helvético se prevé el no cómputo de tiempo, a título de sanción, en los casos probados de retardo malicioso en curar, o de simulación.

El sistema francosuizo parece mas aceptable que el hispanoitaliano, aunque este sea mas legalista, pues, al fin y al cabo, el internado "a fortiori" en un establecimiento psiquiátrico, llámesele como se le llame, constituye una efectiva privación de libertad para quien lo soporta.

Por otra parte, ni la sociedad ni la víctima del delito sufren el menor menoscabo en sus derechos vindicativos por el hecho de que el abono se lleve a efecto o no. Siguiendo a la letra el modo de concebir la penalidad en este artículo, tampoco debiera computarse a los efectos de liquidacion de condena el tiempo que el reo pase en la enfermería o el hospital por otra especie de dolencias.

Siendo meramente suspensorio y sin abono alguno al efecto del trastorno mental, y no afectando a la totalidad de la pena, pudiera haber sido mas generoso el legislador, admitiendo otras causas de suspension ejecutoria. A este respecto, puede servir de ejemplo el Código procesal criminal de Alemania, cuyos paragrafos 445 y siguientes admiten, con las garantías cautelares oportunas, la suspension de la ejecucion de las penas por diversas enfermedades, y hasta por estimables motivos familiares. Dicha suspensión puede llegar hasta cuatro meses, y, como es natural, no es computable en la liquidación.

Art. 92. Se confiere a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente por sí, o de aplicar por ministerio de

la Ley, la condena condicional, que deja en suspenso la ejecución de la pena.

El plazo de esta suspensión será de dos a cinco años, que fijaran los Tribunales, atendidas las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta.

La remisión, suspensión o condena condicional, que con estos tres nombres suele designarse, entre nosotros esta causa de no ejecución de la condena, es una de las instituciones más típicas y revolucionarias del Derecho penal moderno. En tiempos en que la retribución era la finalidad primordial y casi sagrada de la penalidad, el hecho de que una pena pronunciada en sentencia firme dejase de cumplirse hubiera parecido un atentado inconcebible a todos los principios del Derecho, una verdadera usurpación del privilegio soberano y excepcionalísimo del perdón. Hoy, sin embargo, desde su primera aplicación a los delincuentes menores, en Massachussets, en 1.859, y a los adultos, en Boston, en 1.879, la remisión condicional ha ganado las más resonantes victorias en el terreno doctrinal como en el legislativo. Para ello no necesito esgrimir argumentos de tipo humanitario y sentimental, aunque en su favor los tenga, sino primor

dialmente científicos y utilitarios, cual corresponde a su progenie castiza norteamericana. Parece psicológicamente probado, - por experiencias y estadísticas, que la amenaza de una pena - gravitando sobre el animo de un condenado suele producir un - efecto de prevencion y coaccion moral mucho mas eficaz que - su fatal e ineludible cumplimiento. Por otra parte, esta medida se ha acreditado como la unica verdaderamente capaz de sustituir a las penas cortas de privación de libertad, cuyos riesgos e inconvenientes eran la pesadilla de los modernos penólogos. Como tal la proclamaron los Congresos penitenciarios de París, de 1.895; Londres, de 1.925, y Praga, de 1.930.

Tan claros son los beneficios de la condena condicional, y tan unánimemente reconocidos, que ya no hay razon alguna para insistir en las antiguas y famosas polemicas, que han dejado - de tener actualidad. Hoy sólo se discute y disiente en el tecnicismo de su aplicación y posibilidades de mayor extension(7).

---

(7) Bibliografía clásica sobre la condena condicional además de la contenida en los tratados generales, son las monografias de - Perrin: La remise conditionelle, Ginebra, 1904, Allfeld: Der bedingte Straferlass, Lpz, 1911; y, entre nosotros: Gonzalez del Alba: La condena condicional, Madrid, 1908, Sangro y Ros de Olano: Ley de - condena condicional, Madrid, 1908, y Guichot Estudio jurídico de la condena condicional, Sevilla, 1908.

Las diversidades legislativas en el tratamiento de la condena condicional pueden agruparse esquemáticamente en dos grandes grupos: el del sistema angloamericano y el del europeo. La diferencia capital entre ambos estriba en que, en el primero, los reos beneficiados quedan sujetos a la vigilancia y control de los patronatos y funcionarios especialmente encargados de esta misión, denominados "probation officers", en tanto que en los segundos, la libertad, o desamparo, es mucho mas amplia, sin otra intervencion efectiva, salvo que el condenado cometiese una nueva infraccion durante el plazo asignado. Las ventajas del sistema americanos son evidentes, y si en otros países no se sigue, es seguramente por razones de orden económico mas que científico. Para que el "Probation system" rinda todos sus beneficios, es inexcusable una especializacion en los funcionarios encargados de él, y una real eficacia de las instituciones patronales; de otro modo, la institucion degenera con facilidad en un entorpecimiento burocrático o en una vigilancia policiaca, sin el mas mínimo reflejo en la correccion y readaptación moral y social del reo.

En España, el primer proyecto de condena condicional data de

1.900, en que fue presentado a las Cortes por el ministro de Justicia conde de Torrealanaz, pero hasta la ley de 17 de marzo de 1.908 no llegó a tener realidad legal. Dicha ley estuvo íntegramente vigente hasta que el Código de 1.932, siguiendo el ejemplo del de 1.928 y del de Marruecos, la incorporó en lo substantivo a su texto. En él persiste después de la refundición de 1.944, con lo que se ha dado a la condena condicional el definitivo espaldarazo de permanencia, no tratándose ya de un ensayo atrevido sujeto a revisión, sino de una institución definitivamente adicionada al Derecho substantivo. Persiste como ley especial en Francia ("Loi Berenger", de 22 de marzo de 1.891), Portugal (de 6 de julio de 1.893), Austria (de 23 de julio de 1.920), Alemania (de 19 de octubre de 1.920) y Brasil (de 6 de septiembre de 1.924); pero en los modernos Códigos y proyectos es de rigor su incorporación al texto de los mismos, como lo hacen los de Argentina, Peru, Italia, Rusia y Suiza, entre otros. En este sentido, nuestro Código marroquí fué un indudable precursor.

Del texto del primer párrafo del artículo 92 del Código español vigente se deduce que la remisión condicional puede ser en -



unos casos facultativa y en otros forzosa, concepto que completan y desarrollan los artículos siguientes. También ha adoptado para la eventual revocación del beneficio suspensorio (aunque - esto se disponga en la ley adjetiva de 1.908, arts. 10 y 14), - el criterio tradicional de la legalidad, y no el de conducta, puesto que sólo puede dejarse sin efecto por nuevo delito o por incomparecencia. Es de lamentar que no se permita al Tribunal la anulación de la suspensión en los supuestos de mala conducta y peligrosidad, con lo cual se deja incumplido uno de los objetivos mas típicos de la institución. Resulta, por ello, que el - beneficiario que, bordeando las páginas del Código penal, si - gue haciendo vida de vicio y libertinaje, en espera del trans - curso del plazo de suspensión, goza de sus beneficios, y éstos se niegan al que, aun habiéndose readaptado a la vida social, tiene la debilidad, o la desgracia, de cometer una nueva infracción, que nada tenga que ver con la que motivó la condena, - como, por ejemplo, un atropello imprudente.

El párrafo segundo del mismo artículo rebaja el plazo de suspensión al de los dos a cinco años, que en la ley de 1.908 - era de tres a seis, rebaja muy atinada, que data de 1.932. -

Se corresponde exactamente con la del Código suizo (art. 41) de 1.937, y es un espacio de tiempo lo bastante amplio para - que la prueba acerca de la readaptación sea eficaz, dentro de la relativa eficacia que cabe pedir, dada la no exigencia de moralidad y la inexistencia de organismos protectores idóneos. - Desde luego, es muy preferible el sistema elástico de plazos, adoptado por nuestra legislación, que el rígido de cinco años, - que suelen seguir otras, influenciadas por el modelo de la Ley Berenger francesa. Igualmente, es muy plausible que se hayan borrado todas las restricciones que la del año 1.908 establecía en atención a la naturaleza de los delitos, ninguno de los cuales siquiera sea naturalmente en principio, está expresamente exceptuado para su posible aplicación.

## CAPITULO V

Individualización y Ontología de la pena.

La actitud filosófica racionalista de la Escuela -  
clásica había pues, conducido a un sistema de Derecho penal  
en el que, como hemos visto, el delito se califica de ente jurí-  
dico, lo que significa tanto como independizar el factor del con-  
texto ontológico que lo vincula, de una parte, a la entera -  
personalidad del delincuente, a su historia biológica y psicoló-  
gica, y de otra, a la totalidad natural y social donde se desen-  
vuelve su existencia. El delito es para Carrara y sus segui-  
dores un ente jurídicamente cualificado que adquiere su signifi-  
cado autónomo por consecuencia del principio metafísico de ser  
acto de la voluntad libre de un sujeto. Su hipostatización al -  
margen del microcosmos que es el delincuente y del macro -  
cosmos de la realidad social, había permitido construirlo como  
un mero resultado "objetivo". Frente a ello se alza la nueva  
metafísica natural de que parte, hacia fines del siglo pasado,  
la Escuela Positiva con la obra de Lombroso, Ferri, y Garó-  
falo, con el propósito de "desmitificar" esas abstracciones. -  
El delito es también para la Escuela Positiva un ente jurídico,

pero su calificación no puede hacerse ni del agente ni de la realidad natural y social; se considera recusable la tesis "indemostrable" de una causación espontánea basada sólo en la "libre" voluntad, y se propugna la valoración del hecho en función de la totalidad biológica y psicológica del individuo y de la realidad social en que éste se desenvuelve. Lombroso en su libro "L'uomo delinquente" cuya primera edición es de 1.876 consideraba el delito como un ente natural, "un fenómeno necesario como el nacimiento, la muerte o la concepción" determinado por causas biológicas de naturaleza, sobre todo, hereditaria. A la tesis clásica de la absoluta imputabilidad del delincuente, Lombroso opone un rígido determinismo biológico. Su visión cuasiantropológica era después ampliada por Garófalo, con la acentuación de los factores psicológicos ("Criminología," 1.905), y por Ferri, con la de los sociológicos. En la "sociología criminal" (1.900) Ferri amplía en una cumplida y equilibrada síntesis el cuadro de esos determinantes, clasificándolos en tres grupos: factores antropológicos, físicos y sociales. El delito es así reconducido, por la Escuela

Positiva a una concepcion determinista en la que el hombre resulta inmerso y en la de la que todo su comportamiento es mera expresion. El sistema penal que, por consecuencia, se construye se apoya no tanto en la concepción del delito y la clasificacion de los "tipos" cuanto en el concepto de autor y en la cualificación tipológica de los autores (1).

La evolución posterior de la Escuela Positiva, la lleva, a traves de Grispigni, a acentuar las catacterísticas del delito como dato sintomático para la averiguación de la personalidad del autor y a dirigir sobre él la indagacion para la individualizacion de la pena. La responsabilidad moral es sustituida, en el sistema de Ferri, por la responsabilidad "social". Si ya no es posible imputar el delito a una decision libre e incondicionada de la voluntad, es sin embargo posible referirlo al comportamiento del sujeto, y ello justifica por sí sola la

-----  
(1) "Diritto penale italiano", vol. I. Ed. Milán 1.952, pág. 150-151 y 200 y sig.

reacción de la sociedad. La necesidad de la acción delictiva aleja, sin embargo, las ideas de retribución jurídica o ética de la pena, por donde, una vez mas, reaparece en el pensamiento italiano la idea de la pena como instrumento de defensa social, esta vez unida a los mecanismos preventivos que el propio Ferri denomina "sustitutivos penales" (2).

Como medio de defensa social, la pena no actúa, - sin embargo, en función exclusivamente represiva segregando al delincuente y disuadiendo con su amenaza a quienes lo fueran en potencia, sino sobre todo, con finalidad reeducativa. La consecuencia tan discutible y discutida de este planteamiento es necesariamente la duración indeterminada de la pena, en tanto que actúa desvinculada del hecho delictivo en sí y del daño social que produce, e individualizada exclusivamente por las características y circunstancias del sujeto tratado, y de su "curación".

-----

(2). "Sociología criminal". 5ª ed., vol. I., Turin, 1.929.  
pag. 472 y sig.

No es posible seguir en detalle aquí, en un trabajo de esta naturaleza, el desarrollo ulterior de la gran polémica que ha sido denominada "el debate de las Escuelas" - que tiene su paralelo en la "Schülenstreit" germana donde se contraponen los seguidores clásicos (remitidos finalmente a la Filosofía hegeliana) a la dirección acaudillada por Von Liszt. Lo que sí es interesante es resaltar como, con rigurosa - coherencia con la respectiva visión del mundo, ambas escuelas llegan a consecuencias ortodoxas tan diversas en orden a la construcción dogmática de la Ciencia penal. Otro tanto sucede con el método: Mientras la clásica adopta el deductivo - procedimiento de un hecho universal, el delito como ente jurídico, la positiva se adscribe al inductivo donde el hecho - universal es el sujeto delincuente, entendido como punto de emergencia de un complejo de factores individuales y sociales. Las bases del respectivo sistema también difieren notablemente: en la escuela clásica, el delito; en la escuela positiva, el delincuente; de un lado, la responsabilidad moral - como fundamento de la imputabilidad; de otro, la social en -



cuanto razón última del determinismo biológico y socialógico; y, por lo que a nuestro propósito más directamente interesa, en un extremo la trascendencia del delito como criterio de medida de la pena; en el otro, la recuperabilidad social del delincuente y la indeterminación de la sanción en el tiempo.

Por último, en el método de la interpretación del Derecho vigente las también distintas premisas de que se parte hacen notar sus consecuencias. En tanto que los seguidores de la Escuela clásica quedan vinculados al más riguroso legalismo, Ferri, en su estudio sobre la "Interpretación de la Ley y la Escuela Positiva" no tan ligada a las reglas lógicas y semánticas como a la consideración de la personalidad del delincuente, de su peligrosidad y de la valoración ético-social del hecho, que conduciría al juez a seguir criterios de benevolencia, cuando se hallare ante un delincuente ocasional o pasional, o, por el contrario, de aplicación de la ley "ad literam" cuando el sujeto fuera un delincuente nato, loco o habitual.

Lo que ahora importa subrayar es la imposibili

dad lógica de coincidencia entre los presupuestos de que ambas Escuelas parten, imposibilidad que viene dada no sólo por la recíproca exclusión de las respectivas visiones del mundo -racionalismo iusnaturalista frente a empirismo-, sino también de que la alternativa filosófica de fondo respecto del actuar humano y, por consiguiente, del comportamiento delictivo se traduce en la antinomia determinismo-indeterminismo, afirmando el primero el concepto del libre arbitrio, y negando el segundo todo contenido a la libertad del querer humano y, por lo tanto, a la idea de la responsabilidad moral.

Los intentos de mediación -la "Terza Scuola" de Alimena- estaban, en esas condiciones, destinados al fracaso, en su esfuerzo de superar la contradicción. La filosofía idealista niega también la responsabilidad moral del individuo que, sin embargo, es hecho responsable por la sociedad cuando ésta impone ciertos tipos de conducta vinculando una sanción a su violación. Con lo que el problema de la responsabilidad quedaba así negado, más que resuelto, en una versión -permitasenos el aparente contrasentido- idealista -

del determinismo positivista. En efecto, el idealismo criciano, que tuvo una cierta influencia en los estudios de Derecho público, tenía poco que aportar a la construcción del Derecho penal. Algúna mayor fortuna corresponde al idealismo gentiliano especialmente a través de la obra de Ugo Spirito, autor, entre otras de una notable historia del Derecho penal italiano, aparecido en 1.924, y de Maggiore. La libertad, sostenían los "actualistas" no es negación de la necesidad, sino síntesis de libertad y necesidad. Toda realidad es, por tanto, ética, Derecho y moral se identifican y de ello deriva en lo que a la Ciencia penal interesa, la doble consecuencia de la justificación de la defensa social realizada por el Estado y la idea de la pena reeducativa, prescindiendo de toda valoración estrictamente legal, de las conductas, punto clase de cualquier ensayo de política criminal.

En un agudo ensayo dedicado a la visión retrospectiva de la polémica entre las Escuelas, publicado en 1.958, Dell'Andro ha creído poder afirmar que aquélla no lo fúe tan

to una divergencia fundamental penalística, como la contraposición de dos sistemas filosóficos e ideológicos en torno a las funciones y fines del Derecho penal (1). Con ello intenta poner de relieve la distinción entre historia de la filosofía del Derecho penal e historia de la Ciencia penal que rechaza Baratta en base al argumento de que la historia de la Ciencia no puede separarse de la de sus premisas ideológicas. De hecho, quizá por el cansancio producido a lo largo de una discusión ya no tan ordenada y fecunda, lo que intenta-

-----

(1) DELL'ANDRO. "Il dibattito delle Scuole penalistiche",

Archivio penale, 1.958, I, pág. 195. En el mismo sentido

DELITALA, en Riv. it. Dir. pen., 1.956, pág.

534 y sig. En general, sobre el tema BETTIOL, "Diritto penale",

Padua, 1.966, pág 11 y sig.

GIMBERNAT. En una toma de posición frente a la teoría objetivo-formal (Merkel, Mittermaier, Finger, Sauer) citados por el autor, rechaza acertadamente el profesor Gimbernát cualquier intento de "criminologización" de nuestra disciplina. "Autor y cómplice en el Derecho Penal" Universidad de Madrid Secc. public. pág 26, 1.966.

explicar Dell'Andro es la reaccion agnóstica, a filosófica o, incluso, antifilosófica de los penalistas que desde fines del siglo presente, reivindican la plena autonomía de su técnica.

Esta tiene su quehacer en el mundo de lo jurídico, mientras que las disciplinas filosóficas, criminológicas y sociológicas se ocupan de aspectos ametajurídicos. La aportación de Rocco es en este punto definitiva (1). Subraya el divorcio - apuntando entre filosofía y ciencia del Derecho penal y entre esta y las disciplinas criminológicas y sociológicas, que habría de cristalizar en el gran "tratado" de Manzini, sin omitir la observación de que tal vez después de esa separación la doctrina italiana haya perdido gran parte de la originalidad que la caracterizaba, viniendo a ser, en alguna medida, tributaria de la ciencia alemana, en la cual, por el contrario, la rela -

-----

(1) ROCCO, "El proble e il metodo della scienza del Diritto penale", 1.910 en "Opere giuridiche", vol. III, Roma 1.933, pág. 263, y sig.

ción entre filosofía y ciencia del Derecho penal continuó siendo estrecha y fecunda. El divorcio se había consolidado para - siempre, sin que sirviera para atenuarlo el intento de Petrocelli, probablemente a causa de su tono excesivamente positivista (2).

En palabras de Rocco, los juristas deben dedicar su esfuerzo al estudio del Derecho, no natural sino positivo, vigente, e intentemos, como ya se ha hecho para el Derecho privado, construir un sistema de Principios, una teoría exclusivamente jurídica de la que pueda resultar un auténtico conocimiento científico de la disciplina de los delitos y de las penas como hechos y fenómenos regulados por la ordenación positiva (3).

-----

(2) PETROCELLI, "Per un indirizzo italiano nella scienza del Diritto penale", 1.941, en "Saggi di Diritto penale" Padua, 1.952, pág. 341 y sig.

(3) ROCCO, op. cit., pág. 308-9.

"La Ciencia del Derecho, escribe, tiene sus propios elementos de trabajo ... Son las normas jurídicas -el derecho objetivo- y las relaciones jurídicas derechos y deberes. Son los sujetos capaces de derechos y deberes, y las personas físicas y jurídicas. Fuera de ello no hay ciencia del Derecho ni, por supuesto, ciencia del Derecho penal". (1).

Con todo, la posición del iniciador de la dirección técnico-jurídica no aparece absolutamente diáfana. Junto a la "técnica pura" el único medio de conocimiento científico del Derecho" - (2) el propio Rocco recomienda al jurista la frecuentación de los datos proporcionados por otras ciencias, sin por ello convertirse en filósofo, político, antropólogo, ni sociólogo; al contrario, con plena conciencia de entonces, no actúa como jurista (3). La cuestión quedaría pues "reducida" - en la propia terminología de Rocco - a preguntarse si es posible construir el Derecho penal y el concepto del

-----  
(1) ROCCO, op. cit., 308-9

(2) Ibid. pág. 290.

(3) Ibid. pág. 293.

delito y de la pena con los solos datos extraídos del ordenamiento positivo que, naturalmente, no los crea sino que se limita a regularlos, tomándolos en la realidad social.

No lejos del tema de la individualización de la pena, ha suscitado ésta cuestión un notable especialista a propósito de la estructura de la norma penal (4).

En otro orden de ideas ha vuelto sobre ella toda la crítica posterior a la obra de Rocco y Manzini de los demás seguidores de la dirección técnico jurídica, pese a que estuviera llamada a dominar en lo sucesivo la Ciencia penal italiana y gran parte de la europea contemporánea. Aludimos entre otros a Spirito (1), Malinverni (2), Altavilla (3) y

-----

(4) DELOGU, "La loi pénal et son application", Alejandría, 1.957.

(1) SPIRITO, "Storia del Dir. pen. It.", cit., Cap. VII, pág. 166

(2) MALINVERNI, "La Scuola dommatica del Dir. pen." 1.939

(3) ALTAVILLA, "L'opera giuridica di Rocco nella visione di un positivista", en Scuola positiva, 1.926, I, pág. 337 y sig.



Nuvolone (4). Anotan todos ellos el fracaso del intento de -  
construir los principios penales extrayéndolos exclusivamente  
del Derecho Positivo, y anotan como los seguidores de la -  
dirección "tecnico-jurídica" acaban contradiciéndose de uno -  
de estos dos modos: o soslayando las cuestiones metajurídicas  
de mayor transcendencia para el sistema positivo -la vo-  
luntad de querer- o construyendo por su cuenta una discuti-  
ble ontología para los problemas metajurídicos. La imputación  
vale para el propio Rocco cuando define los conceptos de -  
"bien" y de "interés", de "utilidad" y de "necesidad" en su  
obra fundamental (5), y para Manzini que, después de ha-  
berse desembarazado de la filosofía penal, llama la atención

-----  
(4) NUVOLONE, "I fini e i mezzi nella scienza del Dir. -  
pen." en Riv. it. di Dir. pen., reproducido en "Trent  
anni di Diritto e procedura penale", Padua, 1.969, Vol.  
I, pag. 154-55.

(5) ROCCO, "L'oggetto del reato", Opera giuridiche, cit.  
vol. I, 1.932.

sobre los "conceptos éticos fundamentales" que habrán de servir de fundamento para construir la teoría científica sobre la capacidad penal, la imputabilidad y la voluntad libre (6).

El exámen de las doctrinas surgidas en Italia - después del año 30 ofrece una panorámica que se centra tanto en resucitar dentro de la dogmática penalística una reflexión interna sobre las propias premisas metodológicas de la dirección técnico-jurídica, como en la oferta de soluciones alternativas más o menos próximas a ella (1).

-----  
(6) MANZINI, "Trattato di Dir. Pen. italiano", col. I, Turín 1.948, pág. 488.-Vid. también las observaciones de - MALINVERNI, op. cit. pág. 73-74.

(1) BETTIOL, "sui recenti orientamenti penalistici in Italia" (1.943), reprod. en Scritti giuridici, cit., vol. II, pág. 592 y sig.- BELLAVISTA, "Deviazione metodologiche e crisi della scienza del Diritto criminale", en Archivio penale, 1.958, I, pág. 195 y sig.- SCARANO, "Il - problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale", en Riv. it. Dir. pen., 1.952, pág. 177 y sig.- Especialmente sobre el intento de dotar de una orientación "idealista" a la dirección técnico-jurídica, vid. MAGGIORE, "Il sillogismo penale", en Riv. penale, 1.949, pág. 213 y sig.

La base doctrinal de que parte ésta renovación se encuentra ya en la proposición de Delitala sobre la necesidad de enfrentar al Derecho con la realidad a través de la consideración del "fatto" en el marco de la teoría general del delito, que tan decisiva influencia ha ejercido en la literatura penal italiana que llega hasta nuestros días.

(2) Pero ésta vez el proceso se produce en sentido inverso al seguido por Carrara de tal modo que de la mera Ciencia del Derecho penal se adviene -superando planos- a una auténtica Filosofía del Derecho penal. Sería imposible, en el marco del presente trabajo documentar adecuadamente ésta tesis de modo analítico y sistemático, debiendo limitarnos a alguna indicación expresiva de ese renacer ontológico que va mas allá de la pura dirección técnico-jurídica y que no quiere renunciar a explicar el delito y el orden público en función de los valores ético-sociales que los fundamentan en última instancia.

-----

- (2) Baste recordar entre los autores de la última generación de penalistas, a PAGLIARO, "Il fatto di reato", Palermo, 1.960.

Ocioso es recusar aquí a quienes, desde el "raffinamiento" óptico de la Escuela positiva caen en el exceso de erigir el hombre en protagonista del Derecho penal. Por el contrario, deben mencionarse aquí, en cuanto representantes de una ponderada colaboración entre criminología y Derecho penal, a Vassalli (1), de tan decisiva influencia en los estudiosos de las últimas generaciones. Con igual propósito debe citarse a Antolisei y a la "dirección realística" por él propugnada como alternativa de la técnico-jurídica. En su tesis, el hecho regulado por la norma debe figurar, junto al fin propuesto por ésta, como elementos integrados en la norma misma y, en éste sentido, al contra

-----

- (1) VASSALLI, "Criminologia e giustizia penale", en Quaderni di criminologia clinica, 1.959, pág. 26 y sig.-  
En el mismo sentido, CALVI, "Tipo criminológico e tipo normativo d'autore", Padua, 1.967.

rio de lo que sostenía Rocco, objeto específico de la Ciencia penal. (2) Se trata pues de reintegrar en el Derecho penal de una parte, el elemento teleológico representado por el fin de la norma, y, de otra, el sustrato ontológico con la apelación al hecho disciplinado.

La influencia de ámbos en orden a la renovación del pensamiento italiano había de reflejarse en la "jurisprudencia de los valores" propugnada por Bettiol y en definitiva, también emparentada con el finalismo welzeliano (1) - que halló su continuación en Italia en la "escuela napolitana" de Santamía, Lataglista, Fiore y otros, con la consecuente apertura de nuevas perspectivas para la dogmática penalista (2). Probablemente las últimas consecuencias de esa di-

-----  
(2) ANTOLISEI, "Il metodo nella scienza del Diritto penale", en "problemi penali odierni", Milán 1.940, pág.1 y sig.

(1) BETTIOL, "Il Diritto penale", cit. en la ref. a "Scritti"

(2) Sobre la influencia de Welzel, vid. GALLO, "La teoría dell'azione finalistica nella piu recente dottrina tedesca", Milán 1950; desde el ángulo germano, cfr. DANNERT, "Die finale Handlungslehre Welzels im Psiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik", Göttingen, 1.963.

rección finalista pueden hallarse en Pedrazzi que, influido por Ascarelli, observa cómo antes de fijar los tipos legales, el jurista encuentra en la realidad de la vida unos esquemas ca racterísticos de conducta que representan otras tantas cons - tantes cargadas de sentido humano y social. "El legislador -escribe- encuentra así preconstituidos unas estructuras a - las cuales él puede imponer su disciplina, pero absteniéndose de innovar la lógica immanente de los fenómenos" (3).

Respecto de esa última generación de estudiosos, anotemos cómo probablemente el peso de una tradición académica consolidada, los mantiene adscritos de modo dominan te, aunque no exclusivo, al método rígidamente formalista - en el Derecho penal, dejando al margen -o en el límite- de su discurso aquellas cuestiones que más se prestarían a lle

-----

(3) PEDRAZZI, "Inganno ed errore nei delitti contro il - patrimonio", Milán, 1.955, pág. 45.

var adelante el proceso de acercamiento hacia una ontología objetiva y hacia una valoración correspondiente del sujeto delincuente y de las constantes que presiden su conducta. No cabe recursarlo; para un penalista práctico el primer objeto de conocimiento es, desde luego, la norma, pero no el único. Ni siquiera la propia dirección técnico-jurídica pudo prescindir de conceptos, doctrinas, argumentales que justifiquen "allí" -escribe Nuvolone- la razón última de su validez. En un artículo publicado en 1.948, recalca esta idea y se remite a título de ejemplo a los conceptos de casualidad, fraude, culpa, etc. y concluye : "adquirir el conocimiento crítico de los principios científicos universalmente válidos para aplicarlos al Derecho positivo particular, es la tarea que se debe proponer hoy el jurista" (1).

---

(1) NUVOLONE. "Introduzione ad un indirizzo critico nella scienza del Diritto penale", 1.948, hoy en "Trent'anni di Diritto e Procedura penale", op. cit. vol.I. pág.166 y sig.

Llegamos con éstas consideraciones al término de un tema, el de la relación Ciencia-Filosofía del Derecho penal, que juzgábamos inexcusable para el esclarecimiento del que constituye el objeto principal de nuestra meditación. No es posible abordar la individualización de la pena sin plantearse previamente si el Derecho penal ha de constituirse en simple técnica de manejo de normas o sí, por el contrario, le cabe un valor problemático próximo -teológico- e incluso otro mediato -una auténtica filosofía de la Ciencia penal-. Esta última vocación es la que cumple mejor hoy al pensamiento penalístico. La perspectiva de nuestros actuales estudios no ofrece ya, como en tiempo de Beccaria, de Carrara o de Ferri, un sistema tan completo de conceptos sobre los cuales puede moverse con autonomía el discurso científico por vía de una racional deducción. Tras los intentos -felices desde su particular óptima- de la escuela positiva y de sus epígonos modernos, se hace preciso reconstituir una filosofía de la ciencia que no puede ser un mero saber facilitado al penalista desde una fuente extraña y su-



perior a él, sino la obra realizada por él mismo con pleno apoderamiento de su propósito, por supuesto, de su propio objeto.

Hoy el Derecho penal científico no puede limitarse a ser una mera exégesis normativa ni tampoco una exégesis ampliada por el auxilio de unos conceptos instrumentales auxiliares venidos de fuera; hoy una Filosofía del Derecho penal sólo puede surgir de su propia entraña, si de verdad aspira a consolidar una auténtica posición científica y no, como recordábamos antes, una simple técnica de manipulación de las normas destinadas a mantener la paz social. Delito, delincuente y seguridad jurídica, son, por supuesto, los términos de la "relación" teórico-práctica que muy justamente debe ocupar el plano inmediato de nuestra reflexión, pero sin renunciar a la consideración y formulación no ya de esos mismos conceptos instrumentales -en lo que tengan de matiz autónomo respecto de la Ciencia jurídica general- sino de un verdadero entramado de principios y un método propio. En nada se opone a ello la

idea de la unidad del saber que nunca ha negado la especialización ni tampoco la posibilidad de que, dentro de un mismo movimiento de elaboración científica, del Derecho penal, el trabajo se distribuya entre los estudiosos, en función de aspectos y puntos de vista diversos. Lo que importa es que ese proceso resulte un proceso unitario de saber, en base a una colaboración disciplinaria que sea algo mas profundo que la intrínseca relación académica de distintas ramas todavía demasiado atomisticamente cultivadas; Y que ésta colaboración sea continuamente sostenida por todos los que en ella toman parte, con la común conciencia de la unidad de los grandes temas en torno a los cuales se intenta hoy la vivificación del pensamiento penalístico: la norma, la acción, la responsabilidad, la culpa, la pena, y, rigurosamente a igual altura, el hombre y la sociedad en que vive.

Preciso es reconocer que el empeño no resulta fácil. El penalista se siente pronto invadido por los apremios de una realidad que le exige más vocación de gendarme que de jurista. En tales circunstancias, lo cotidiano de su esfuero

zo ha de estar dedicado al estudio y aplicación de la ley solamente, sin permitirse el reposo necesario para la reelaboración del entramado conceptual sobre el que trabaja. Incluso su propio sistema axiológico -por esencia personalísimo- queda absorbido por el de la Ley, sin otra posibilidad de -comunicar con ella que los breves resquicios críticos que -la jurisprudencia o la "praxis" le permiten. De este modo se explica el predominio de las direcciones no ya estrictamente positivistas sino el de las mas o menos ampliamente exagéticas de actual privanza en la Ciencia penal contemporánea. Y todo ello, no por ausencia de vocación, altura de propósitos o inaptitud especulativa sino pura y simplemente por una razón de necesidad; porque es mucho mas inmediatamente posible partir de la escala de valores de la Ley, que iniciar un esfuerzo renovador de auténtica pretensión científica. Probablemente uno de los mas negativos efectos secundarios del principio de legalidad en materia penal sea su poder expansivo que, desde el campo propio e inexcusable de la mera legalidad, accede con fuerza incontenible al

de la reflexión científica, dificultando, cuando no obstruyendo, todo poder de creación. No es, por supuesto el Derecho penal la disciplina de entre las jurídicas donde el juez pueda - cumplir el mandato de fallar "a fuero de albedrio", según la terminología de nuestros ordenamientos medievales; pero tampoco es, y cada vez menos, materia disciplinar regida por cánones irrefutables en cuanto expresión de un orden sobrenatural. Por el contrario, su fin, centrado en el servicio a la comunidad, merece de otros condicionamientos inmediatos que la propia conducta humana externamente manifestada y el entramado cultural y social en que se desenvuelve. De ser ésto así, resulta difícil aceptar como inmutable un Derecho penal cristalizado en las circunstancias de un determinado momento histórico. Cambien las leyes penales en función de las transformaciones sociales y se desarrolla el "arbor scientiae" con matices que es imposible ignorar ni siquiera a - pretexto de que nuestra tarea fundamental es la tan dramá-

ticamente traída y llevada lucha contra el crimen (1).

-----

- (1) A este respecto cabe señalar que, junto a las posiciones moderadamente existencialistas que incluso informan el nuevo Código penal alemán, parecen posiciones "Límite" inaceptables. Jean-Paul Sartre, citado por Jacques LEAUTE, escribe. "No hay valores ni ordenamientos que justifiquen nuestra conducta; somos nosotros quienes inventamos nuestros valores" (Criminologie et science pénitentiaire", París, 1.972, pág. 175)

## · CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

Parece, pues, tras las consideraciones precedentes, llegado el momento de ofrecer nuestras propias conclusiones.

Vaya por delante la declaración expresa de nuestra relativa insatisfacción. Hubiéramos deseado -excluída lógicamente toda posibilidad de realizar un trabajo exhaustivo- partir de una síntesis original del acervo ideológico y bibliográfico hoy vivo sobre el tema, para intentar completarlo con alguna modesta aportación propia. Ni uno ni otro propósitos pueden considerarse totalmente logrados, aunque por motivaciones distintas.

El primero porque, aún vinculando exclusivamente la individualización a la sistemática general y particular -

del Derecho penal, aquel itinerario se habría hecho interminable tanto en profusión como en orden a su contenido. Si a ello se añade que, excediendo de su consideración técnico-jurídica, la Individualización desborda el ámbito de la Ciencia penal para ser objeto de meditación por criminólogos, sociólogos y clínicos, obviamente se advierte la nueva dificultad - que ello implica. Y así, el inicial propósito se ve forzosamente reducido a un esfuerzo personal para reconducir el tema hacia sus facetas científico-jurídicas, descargándolo de todas esas otras aportaciones que excedan de lo estrictamente penal.

Y pasamos, tras esta breve justificación, a la formulación de nuestras conclusiones:



- 1) Reivindicamos, pues, para el Derecho Penal la individualización "judicial" de la sanción, excluyendo definitivamente de su ámbito las que Saleilles califica de "legal" y "ejecutiva". Viene así a nuestro campo cuanto hace relación a la "medida" de la pena, e n tanto quedan fuera de él los criterios legislativos de política criminal y los sistemas de adecuación individualizada propios de la fase de ejecución, que se ambientan mejor en los esquemas teórico-prácticos de la Crimonología.

II) Con ello queda centrado el tema y su posición por lo que al penalista se refiere. Es, misión típica del Juez la de formular y concluir el juicio de valoración del "hecho", en función de la antijuricidad y la culpabilidad, incorporando a ese final axiológico los dos elementos -objetivo y subjetivo- que le permitirán jugar con la "graduación de la pena" en función de la propia "naturaleza graduable" del delito. Sólo de éste modo será posible en adelante superar el viejo problema de la proporcionalidad entre ambos, de suyo imponderable por su diversidad ontológica.

./..

III) El proceso penal es un instrumento formal al servicio del justiciable -sistema de garantías- pero es también, y fundamentalmente, un mecanismo establecido en interés de la Sociedad agraviada, para que se cumplan - los fines de la Justicia, y está presidido y regido por principios jurídicos; no sociológicos ni médicos. Del mismo modo que el Derecho Penal no es una metodología de la rehabilitación de un enfermo, ni la pena - puede ser concebida como una mera terapéutica de fin individual.

IV) Hemos intentado mas arriba una anotación crítica aceptando, por supuesto, la relevante participación que en la fase preparatoria de la individualización corresponde a la Psicología, a la Clínica e incluso a la Sociología, aunque precisando que su actuación acaba con la puntualización acerca de la normalidad o anormalidad del presunto delincuente. Hecho esto -escribimos- el sujeto normal entra en el campo del enjuiciamiento penal, y el proceso no tiene otras finalidades que la comprobación del hecho delictivo, de la participación del justificable y de la calificación jurídico-positiva que haya de merecer. La pena es el precio a satisfacer por el injusto quebrantamiento de la paz social, a la vez que el ejemplo intimidatorio que la convivencia hace indispensable; en un segundo plano y sólo en la medida de lo posible, instrumento de resocialización del delincuente.

V) Delimitada así la función judicial individualizadora se hace necesario aludir al método para llevarla a cabo, y creemos que, la "medición de la pena constituye el "conocimiento" de la sistemática jurídico penal: remate y culminación de nuestra actuación jurídica en donde, se pone a prueba la captación de la conducta penal por el juzgador. El Juez debe partir de dos presupuestos para aproximarse a la "pena justa"; uno es la adaptación de la sanción legalmente prevista en abstracto a las circunstancias concurrentes en la acción. La otra, fiel trasunto de la transformación experimentada por el pensamiento jurídico-penal, en que como consecuencia de una serie de factores, "principalmente de linaje criminológico", ha ganado ciudadanía en el ámbito jurídico la personalidad del delincuente. La medición resulta así ni mas ni menos que una operación intelectual dirigida a concretar razonablemente el "quantum" de la pena impo

nible al delincuente, habida cuenta de la ponderación del hecho y del autor.

VI) Respecto del hecho, es obvio que la graduabilidad objetiva conserva rango preminente. Cuando esto no sucede se desnaturaliza la esencia de la pena. En frase de Mezger, "teniendo sólo en cuenta la persona del sujeto a quien ha de aplicarse, tal medida ya no es pena".

La conclusión es pues, evidente: la graduación de la pena debe basarse en el hecho cometido como expresión de la culpabilidad. Así se resume lo que podría denominarse tesis de la valoración "objetiva" de la personalidad del delincuente, más próxima a una correcta vinculación con la doctrina de la culpa, que a los excesos del que con ironía se ha calificado de culto a la personalidad del autor.

VII) La historia del Derecho Penal es prácticamente la de la dicotomía hecho-autor. En páginas anteriores hemos recogido la posición discrepante de las Escuelas.

- a) Romagnosi, sostiene, que la medida penal no puede deducirse del daño ni del dolo sino del "impulso criminoso"; Alimena negará la mensuralidad de la pena; Ihering, inclinado hacia criterios objetivos, observará que "la escala de penas es la medida del valor de los bienes sociales"; para Carnelutti el criterio de proporción resulta de la razón natural; finalmente, los positivistas la referirán a la peligrosidad del culpable.

Mucho mas cerca de la doctrina de la "valoración objetiva de la personalidad" se encuentra Filippo Gramatica, aunque con sensibles contradicciones apreciables dentro de su propio siste



ma argumental. Desarrolla, su doctrina del Derecho penal subjetivo en base a una construcción singular. Una cosa es decir que el "ius puniendi" es el medio de que dispone el Estado para tutelar y defender a la sociedad frente al delito y otra es que, por ello se deba objetivar el Derecho Penal, olvidando la naturaleza subjetiva de la responsabilidad criminal y "sacrificar la personalidad psíquica del individuo ante la material del crimen o del bien protegido". Si la razón del castigo puede fundarse en conceptos filosóficos de tutela, defensa, etc., la de responsabilidad no puede obedecer sino a la razón práctica de "adaptación de la norma penal al individuo y a las condiciones del sujeto". Evidentemente, en ésta línea de pensamiento, la conclusión a que se llega es que, descansando el "ius puniendi" sobre bases objetivas, la pena no puede ser referida mas que a la noción subjeti-

va de la culpabilidad, por lo que su "medida" - será el resultado de una proporción racional en tre sanción y culpa.

Subjetivada así la concepción teórica de la responsabilidad habrá que subjetivar el sistema; es decir, elevar el sujeto activo del delito a la con dición de sistema en el Derecho Penal, y, del mismo modo, subjetivar la noción de infracción que así adviene fundamentalmente acción culpable, intencional y voluntaria. Se es culpable - cuando se tiene una intención consciente y volunta ria versante en lo ilícito.

- b) Las objeciones podrían nacer, para nosotros, - de dos fuentes distintas, una de orden metodoló gico y otra, sistemático. Es obvio, por una - parte que la exposición de Gramatica peca de - incoherencia; parece como si quisiera aproximarse a la dirección técnico-jurídica utilizando la ter minología apropiada, pero sin acabar de otorgarse

le la plena significación que a cada locución corresponde. Incurre, por otro lado, en extensiones conceptuales tan inaceptables como la que invistió al sujeto delincuente en eje del sistema punitivo. Y, finalmente, justo en el punto ideológico donde se advierte un destello clarificador, acaba también por oscurecerlo al remitir la culpabilidad a la imputabilidad.

Lo evidentemente elogiable es la definición del delito como "acción culpable"; pero olvida que la culpabilidad no se vincula al proceso tipificador sino para calificar la acción en función de la perversión presente y de la presumible peligrosidad de su autor, al que previamente se ha reconocido capacidad para delinquir.

VIII) La imputabilidad es un "presupuesto" para el enjuiciamiento de la conducta criminosa, rigurosamente objetivado en reglas legales de aplicación estricta, en tanto que la culpabilidad actúa como circunstancia cualificadora dentro del proceso axiológico referido a la actuación concreta del sujeto, sin posibilidad de objetivación a través de reglas legales, y de valoración particular en cada caso por los Tribunales. En este sentido se manifiestan también GOLDSCHMIDT y WELZEL al incluir la imputabilidad entre los "presupuestos" del proceso penal, en lugar de incluirla como característica del delito, alejándose de la posición de MEZGER. JIMENEZ DE ASUA afirma terminantemente: "Para nosotros la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad". DEL ROSAL concluye "La hora de la concreción práctica de la responsabilidad criminal requiere la puesta en marcha de la

imputabilidad, sin cuyo despliegue sería ininteligible la cuestión de la culpabilidad jurídica penal, de cuya problemática se nutre, por decirlo así, la entera especulación penal".

Sigue, pues, vigente, a pesar de las críticas, el clásico supuesto de la insoslayable necesidad de - contar con la imputabilidad en la construcción del delito, si no se quiere dar de lado a la propia elaboración jurídica, sustituyendola por unas sugerencias de tipo defensista, mal avenidas en la mayoría de los casos con las ideas de justicia y de seguridad.

IX) Es obvio, pues, cómo desde nuestro punto de vista, la incidencia de la personalidad debe ser referida a la culpabilidad, en cuanto elemento integrador del "juicio de reprochabilidad".

Lo contrario, conduce al error de diluir la acción culpable concreta en la entera personalidad de su autor, olvidando que si bien la culpabilidad no puede ser nunca una mera culpabilidad del hecho aislado, como preconizaba MEZGER, tampoco es una culpabilidad del carácter del autor, ni -añadiríamos nosotros- de la influencia del medio. Sin embargo, esa tendencia a diluir y, -por vía de consecuencia, a irresponsabilizar, si que teniendo pretensión de vigencia.

En definitiva se podría afirmar; es cierto que para juzgar hay que conocer, y las circunstancias patológicas y de medio ambiente constituyen si no

un nuevo modo de conocimiento del hecho justificable, si pueden arrojar luz para una razonable política criminal preventiva. Pero con gran cuidado de limitar su eficacia a lo meramente informativo, y profundizando seriamente y sin indulgencia en los datos que arrojan

./..

X) Volvemos, con ello, a lo esencial de nuestro tema para afirmar, de nuevo, que el encuadramiento adecuado para la personalidad del delincuente en una correcta teoría jurídico-penal no es la imputabilidad -simple presupuesto- sino la culpabilidad fundada sobre coeficientes jurídico-penales y referida a la acción concreta del sujeto al tiempo de la comisión del delito. Las bases de esa atribuibilidad no son, sino la voluntariedad y el grado de perversidad. Intentar implicar en el juicio de reprochabilidad unas causas mas o menos remotas -predisposición biológica, psicología o social- sólo produce el resultado de desnaturalizar la idea de culpabilidad, diluyendo en la entera personalidad del delincuente y aún en su entorno una responsabilidad estrictamente personal, aparte incurrir en el desfase de revitalizar, con nueva apariencia, un supuesto determinismo por todos considerado recusable, y, desde luego, -



inactual. Es pues el "hecho" lo que cuenta - como expresión de la personalidad del agente y cuya impronta va a finalizar en la problemática de la individualización de la pena. Lo demás bien pudiera calificarse de pura dialéctica criminológica en disputa con una correcta visión jurídico-penal del delito y del autor.

## B I B L I O G R A F I A

---

- I CIAN, G., "Antigiuridicità e colpevolezza", Padua, 1.967.
- II SCHULTZ, H., "Les formes nouvelles de collaboration - des Etats dans l'Administration de la Justice pénale", en - el Coloquio Perfeccionamiento de la Justicia represiva, - Centro de Estudios Europeos de la Universidad Católica de Lovaina, 1.970.
- III MONS DELLE ROCHE, A., "L'Expertise judiciaire", - Bruselas, 1.967.
- IV RIGAUX, M. y TROUSSE, P.M., "Les crimes et les - délits", Bruselas, 1.960-1.968.
- V ANCEL, M., "La defense sociale nouvelle", París, 1.971.
- VI BOUZAT, P., "Traité de Droit Pénal et de Criminologie", vol. III. Criminologie, reedición de Pinatel, París, 1.970.
- VII LEAUTE, J. "Criminologie et science penitenciaire", Paris 1.972.
- VIII LEVASSEUR, G., y DOUCET, J.P., "Le Droit Pénal Apliqué. Droit Pénal General", París, 1.970.
- IX MALHERBE, J., "Medicine et Droit Moderne", París, - 1.969.
- X MERLE, P., "Les presumptions Legales en Droit Pénal", París, 1.970.
- XI SZABO, D., "Déviance et Criminalité", París, 1.970.
- XII SANCHEZ OSES, J., "Anteproyecto del Código de Protección Sueco". Anuario Derecho Penal. Mayo 1.957, pág. 329.

- XIII DEBUYST, Ch., "Los valores vividos por los criminales". trad. Oliva García, Madrid, 1.970.
- XIV NEWMAN, E., "Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios", Buenos Aires, 1.971.
- XV CARSON, W., y WILES, P., "Crime and Delinquency in Britain: Sociological Readings". Oxford, 1.971.
- XVI DE VICENTIS, G., y SEMARARI, A., "Psicopatologie e norma giuridica", Padua, 1.968.
- XVII ERMENTI, A., y Gulotta, G., "Psicología, Psicopatología e delitto", Padua, 1.968.
- XVIII GUADGANO, G., "Principi di sociologia criminale", -- Turín, 1.970.
- XIX GAROFALO, R., "La criminologie", 2ª Ed. París, -- 1.890.
- XX ANCEL, BATES, DUPREEL y LAMERS, "Studies in Penology", Ed. López-Rey y Germain, La Haya, 1.964.
- XXI RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho Penal Español". Parte General. Segunda Edición. Madrid, 1.971.
- XXII RUIZ-JARABO Y BAQUERO, F., "La misión de juzgar" Madrid, 1.969.
- XXIII CARNELUTTI, F., "Teoría General del Reato", Padua, 1.933.
- XXIV MESSINA, SALVATORE., "Las concepciones normativas en Derecho Penal". Anuario Derecho Penal. Septiembre 1.959. pág. 541.

- XXV CAMPISI, N., "Relievi sulla teoria dell'azione -- finalistica", Padua, 1.959.
- XXVI FRANCHINI, A., "Medicina legale in materia penale", 4a Ed., 1.962.
- XXVII GRAMATICA, F., "Principi di Difensa Sociale", - 1.961.
- XXVIII MORO, A., "La capacità giuridica penale", 1.939
- XXIX ONDEI, E., "Il soggetto attivo del reato", 1.948.
- XXX PELLEGRINI, R., "Trattato di medicina legale", Vol. I., 1.959.
- XXXI PETROCELLI, V., "La funzione della pena", en Saggi di Diritto Penale", 1.952.
- XXXII BETTIOL, GLASER, ZUCCALA, BARATTA, - DA COSTA, GUNAL, DURIGATO, QUINTANO, MOLARI, BRICOLA, AZZALI, BOUZAT, GUARNERI, CALVI, SOLNAR, PAGLIARO, BERIS - TAIN, NUVOLONE, . "Sul problema della Riedu - cazione del Condannato". Convengno di Diritto Penale. Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, 1.964.
- XXXIII CARBALLA, J., "Codigo Penal de la República - Oriental del Uruguay", Montevideo, 1.972.
- XXXIV SOYER, J-Cl., "Droit pénal", París, 1.973 .
- XXXV CUELLO CALON, E., "Penas y medidas de co - rrección en el Proyecto de Código Penal Alemán", Anuario Derecho Penal. Enero 1.959, pág. 11

- XXXVI GRAPIN, P., "L'anthropologie criminelle", París, 1.973.
- XXXVII STEFANI, G. y LEVASSEUR, R., "Criminologie et science pénitentiaire". París, 1.972.
- XXXVIII VARAUT, J.M., "La prisión pourquoi faire", París 1.972.
- XXXIX CONSEIL DE L'EUROPE. "Etudes relatives a la recherche criminologique". Vol. IV. Estrasburgo, - 1.969.
- XL ACTES DU II. CONGRES INTERNATIONAL :DE CRIMINOLOGIE, París, 1.950.
- XLI HUGUENEY, L. y ANCEL, M., "Les grands -- systèmes pénitentiaires actuels", París, 1.950.
- XLII SEELIG, E., "Traité de Criminologie", Trad. de Petit y Pariser, París, 1.960.
- XLIII DEL ROSAL., "Tratado de Derecho Penal Español". Parte General. Madrid, 1.968.
- XLIV RISER, H., "L'Expertise neuropsychiatrique devant les Jurisdiccions criminelles". París, 1.969.
- XLV BARATTA. A., "Filosofia e Diritto Penale. Note - sul alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia de Beccaria ai nostri giorni", Riv. Int. - Fil. Dir., 1.972, pág. 29-54.
- XLVI RODRIGUEZ DEVESA. J, "Consideraciones genera les sobre los delitos contra la propiedad". Anuario - Derecho Penal. Enero 1.960. pág. 37.

- XLVII DIAZ PALOS, F., "Teoría General de la Imputabilidad", Barcelona, 1.965.
- XLVIII MINISTERIO DE JUSTICIA. "Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal". Sec. 2ª Com. Gral. Codificación, Madrid, 1.972.
- XLIX GIMBERNAT, E., "Autor y Cómplice en el Derecho Penal", Madrid, 1.966.
- L GOYET, F., (Refundición y actualización de Rousselet, Arpaillage y Patin", "Droit Pénal", París, 1972.
- LI QUINTANO, A., "Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad", en "Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano", Vol. II, pág. 375-449, Madrid, 1.959.
- LII PISAPIA, G. D., "Instituzioni de Diritto Penale", Vol. I., 2ª ed. Padua, 1.972.
- LIII DORADO, P., "El Derecho protector de los criminales", Madrid, 1.915.
- LIV PACHECO, J. F., "Estudios de Derecho Penal", - 5ª Ed. Madrid, 1.887.
- LV ALARCON, J., "Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal", Madrid, Central Penitenciaria de Observación, 1.970.
- LVI SAINZ CANTERO, J. A., "La ciencia del Derecho Penal y su evolución", Barcelona, 1.970.
- LVII SAVEY-CASARD, P., "La peine de mort", Ginebra, 1.968.
- LVIII HART, L.A.H., "Punishment and Responsibility". Oxford, 1.968, Especialmente el estudio "Legal responsibility and Excuses", pág. 166 y sig.

- LIX EXNER. F., "Biología Criminal" Trad. y notas J. del Rosal. Valladolid, 1.946.
- LX WOLFGANG. M.E., y FERRACUTTI, F., "La-subcultura de la violencia. Hacia una teoría criminológica", trad. Garza y Garza, Méjico 1.971.
- LXI ANTOLISEI. "Naturaleza y Transformación de la Pena". Milán, 1.940.
- LXII ANCEL, M. "La Nueva Defensa Social". París, 1.954.
- LXIII BERISTAIN. "Estructuración ideológica de la Nueva Defensa Social". "Anuario de Derecho Penal". 1961
- LXIV CUELLO CALON. "Penología", 2ª Edición. Madrid 1.950.
- LXV COLLIGNON. "Defensa Social". Revista Legislación y Jurisprudencia. 1.948. Número 104.
- LXVI DI TULLIO "Principios de Criminología Clínica". - Madrid, 1.966.
- LXVII DUVERGER. "Instituciones Políticas". París, 1.961
- LXVIII DEL ROSAL. "Tratado de Derecho Penal Español". P. General. Volúmen II. Madrid, 1.972.
- LXIX FALCHI. "La Individualización de la Pena". Milán - 1.943.
- LXX PINATEL. J., "Criminología y Derecho Penal". -- Anuario derecho Penal. Enero 1.959. Pág. 125.



- LXXI GRAMMATICA. "Principios de Defensa Social". Padua, 1.961.
- LXXII HENDERSON. "Corrección y Prevención Penal" Nueva York. 1.964.
- LXXIII JIMENEZ ASUA. "La nueva defensa social". -- Buenos Aires, 1.961.
- LXXIV LEVASSEUR, G., "Confrontación del Derecho - Penal con la Defensa Social". París, 1.964.
- LXXV PRINS. "La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho". Madrid, 1.910.
- LXXVI PIETSCH. "Tratado de Psiquiatría", Bonn, 1.962.
- LXXVII QUINTANO. "La Criminología en la literatura universal". Barcelona 1.951.
- LXXVIII QUINTANO. "La Individualización de la Pena". -- Barcelona, 1.965.
- LXXIX WELZEL. "Allgemeine teil". Tratamiento del delincuente habitual. Berlín, 1.940.
- LXXX WOLFF. "Líneas fundamentales del Derecho Penal" Juvenil Alemán". Trad. Esp. J. del Rosal. Valladolid, 1.945.
- LXXXI SALEILLES. "La individualización de la Pena". Madrid, 1.914.
- LXXXII ANTON ONECA. "La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena". Salamanca, 1.944.
- LXXXIII PINATEL. "Criminología". París, 1.964.